

Hvilke forskjeller, om noen, er det i dansk og norsk rettspraksis vedrørende direktivkonform fortolkning?



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 529
Leveringsfrist: 25.11.09

Til sammen 17106 ord

19.11.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>BAKGRUNN FOR OPPGAVEN</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstilling	2
1.2	Avgrensning av oppgaven	2
1.3	EUs historie	3
1.4	Bakgrunnen for EØS-samarbeid.....	4
<u>2</u>	<u>FORSKJELLER OG LIKHETER MELLOM EU OG EØS</u>	<u>5</u>
2.1	Pilarer	5
2.2	Folkerett og overnasjonalitet	5
2.2.1	Hvordan EU fungerer folkerettslig og overnasjonalt	6
2.2.2	Hvordan EØS-fungerer folkerettslig og overnasjonalt	7
2.3	Domstolene	7
2.3.1	EF-domstolen.....	7
2.3.2	EFTA-domstolen	8
2.3.3	Omfanget av EU-avtalen og EØS-avtalen	8
2.4	Rettskilder	8
2.4.1	Norske rettskilder.....	9
2.4.2	Danske rettskilder	11
2.4.3	EUs rettskilder	14
2.5	Hvordan EU-retten påvirker norsk rettstilstand.....	20
2.6	Hvordan EU-retten påvirker dansk rettstilstand	21
<u>3</u>	<u>DIREKTE VIRKNING (UMIDDELBAR VIRKNING).....</u>	<u>23</u>

3.1	Alltid i direktiver?	24
3.2	Vertikal direkte virkning	25
3.3	Horisontal direkte virkning	25
3.4	Hvordan er dette for EØS?	26
4	<u>PRESUMSJONSPRINSIPPET</u>	28
5	<u>DIREKTIVKONFORM FORTOLKNING (INDIREKTE VIRKNING ELLER EU-KONFORM FORTOLKNING)</u>	30
5.1	von Colson saken	32
5.2	Marleasing-saken.....	33
5.3	Dori-saken	35
5.4	Hvor vidt går prinsippet om direktivkonform fortolkning?	36
5.5	Tidspunktet for plikt til direktivkonform fortolkning	37
5.6	Direktivkonform fortolkning i straffesaker?	37
5.7	Grense mellom direktivkonform fortolkning og horisontal effekt.....	38
5.8	Direktivkonform fortolkning for Norge?	39
5.9	Direktivkonform fortolkning i dansk og norsk rettspraksis.....	40
5.10	Danske dommer	41
5.10.1	Dommer hvor den danske domstol har fortolket direktivkonformt.....	41
5.10.2	Danske dommer som ikke har gitt grunnlag for direktivkonform fortolkning	44
5.11	Norske Høyesterettsdommer	46
5.11.1	Rt. 2000:1811.....	47
5.12	Sammenligning.....	55

5.12.1	Sammenligning av norsk og dansk rett	55
6	<u>KONKLUSJON.....</u>	<u>57</u>
7	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>58</u>
7.1	Litteratur.....	58
7.2	Artikler	59
7.3	Nettdokument.....	59
7.4	Upubliserte dokumenter	60
7.5	Dommer	60
7.5.1	Norsk Høyesterett	60
7.5.2	Avgjørelser fra danske domstoler	60
7.5.3	EF-domstolen.....	60
7.5.4	EFTA-domstolen	61
7.6	Forarbeider	61

1 Bakgrunn for oppgaven

Formålet med både EU og EØS er at det skal opereres som et indre marked innenfor medlemslandene. For å nå dette målet er det viktig at de ulike lands domstoler dømmer likt i like saker. Sentralt i dette ligger målet om ensartethet (homogenitet) som går ut på at de ulike land skal ha tilnærmet lik lovgivning og fortolkning. Dette er bakgrunnen for at det har oppstått et selvstendig ”lovverk” med primærlovgivning og sekundærlovgivning i EU/EØS-retten.

Danmark er medlem av EU mens Norge er medlem av EØS. Som jeg vil komme inn på er det forskjeller i forhold til plikter og rettigheter Norge og Danmark da har. Allikevel er hovedmålet harmonisering innenfor det indre markedet. Spørsmålet blir da om Norge og Danmark har klart å gjennomføre denne harmoniseringen.

Det finnes 27 land som er medlem av EU og ytterligere 3 land som er med i EØS, de såkalte EFTA-statene. Jeg kunne derfor valgt å sammenligne hvilke som helst land eller alle. På grunn av plassmangel velger jeg å begrense meg til ett land å sammenligne Norge med. Grunnen til at jeg har valgt Danmark er at dette er et land som historien har vist at Norge har et tett samarbeid med i henhold til lovgivning, og rettssystemene er stort sett bygget opp rundt de samme forutsetninger. I tillegg er de sosiale og kulturelle forskjellene svært marginale sammenlignet med andre EU land. Jeg mener derfor at muligheten for ulikheter mellom norsk og dansk rettspraksis skulle være mindre. Derfor ville eventuelle forskjeller være særlig interessant.

Det er utallige emner man kunne tatt fatt på i så henseende. Valget av emne falt på direktivkonform fortolkning. Begrunnelsen er at i dagens teori er det skrevet svært lite om direktivkonform fortolkning. Jeg mener derfor at dette er et emne som bør belyses, noe jeg vil gjøre i denne framstillingen.

1.1 Problemstilling

Presisering av oppgavens problemstilling vil på bakgrunn av overstående gjennomgang være: Hvilke forskjeller, om noen, er det i dansk og norsk rettspraksis vedrørende direktivkonform fortolkning?

1.2 Avgrensing av oppgaven

Som jeg vil komme nærmere inn på, gjelder direktivkonform fortolkning en fortolkningsform av sekundærlovgivningen EU gir særlig i form av direktiver. I løpet av den tiden Norge har vært med i EØS- samarbeidet er det kommet svært mange direktiver både Norge og Danmark skal søke å tilpasse sin nasjonale lovgivning til. Landene skal implementere disse ved nasjonal lovgivning. De fleste gjennomføringene går smertefritt. Noen ganger kan det oppstå misforståelser i hjemlandet, slik at direktivene blir implementert feil. Det kan også oppstå situasjoner hvor direktivene overhodet ikke er blitt forsøkt implementert. Spørsmålet blir da hva som skal skje. Det er ikke ofte en slik sak kommer opp for Høyesterett. Jeg vil derfor konsentrere meg om en norsk (Finanger I Rt. 2000:1811) høyesterettsdom. Jeg har valgt å se på noen flere danske dommer, både for å vise mer bredde og fordi de har hatt flere tvister enn oss vedrørende direktivkonform fortolkning.

1.3 EUs historie

Etter to store kriger på kort tid ble de europeiske land meget oppsatte på å danne organisasjoner og allianser for å unngå en 3. verdenskrig, samt for å sikre den økonomiske gjenoppbyggingen av Europa. ¹ Dette er også hovedbegrunnelsen til starten på EU (Den europeiske union).

9. mai 1950 regnes ofte som starten på EF-samarbeidet. Det ble da fremlagt forslag om at Frankrikes og Tysklands stål- og kullindustri skulle være underlagt en felles organisasjon. På bakgrunn av dette ble traktaten om Det europeiske kull- og stålfellesskap (EKSF) undertegnet av seks land i 1951; Tyskland, Frankrike, Italia, Belgia, Nederland og Luxemburg. Allerede på dette tidspunktet var ambisjonene om å utvide samarbeidet store. Som et resultat av disse ambisjonene ble det i 1956 undertegnet en traktat om Det europeiske økonomiske fellesskap, også kalt Roma-traktaten, og senere EF-traktaten, hvor grunnlaget var en bred økonomisk avtale. Fra dette utgangspunkt har EF utviklet seg videre både i bredden og i dybden. ² Danmark ble en del av EF i 1973. I 1993 etablerte Maastricht-avtalen grunnlaget for det nåværende rammeverket. Dette er en unionstraktat og man gikk fra det Europeiske fellesskap til Den europeiske union, EU. EU skapte et fellesmarked som garanterer for rettigheter til forflytning av mennesker, varer, tjenester og kapital mellom medlemslandene. ³ Dette betegnes gjerne som ”de fire friheter”. I dag er det 27 stater som er medlemmer. I Maastricht-traktaten ”ble det opprinnelige økonomiske samarbeidet utvidet med samarbeid om utenriks- og sikkerhetspolitikk, og om rettslige og indre anliggende.” ⁴ En felles sentralbank og en felles myntenhet, Euro, blant de fleste av medlemsstatene, har også gjort sitt til å styrke unionen ytterligere. EU har nesten 500 millioner innbyggere, og verdiskapingen utgjør omtrent 31 % av verdens BNP(€11,8 /

¹ Sørensen, Karsten Engsig og Poul Runge Nielsen, ”EU-RETTE – forkortet udgave”, 1.utg. København 2008 side 25

² Frederik Sejersted...[et al.], ”EØS-RETT”, 2.utg. Oslo 2004 side 26.

³ http://no.wikipedia.org/wiki/Den_europeiske_union [Sisert 10.09.09]

⁴ Sejerstad, Frederik...[et al.], ”EØS-RETT”, 2. utg. Oslo 2004 side 27

US\$16,6 trillioner) i 2007.⁵ Så fra den spede begynnelse på starten av 1950-tallet ser vi at utviklingen i løpet av nesten 60 år har vært enorm..

1.4 Bakgrunnen for EØS-samarbeid

Det europeiske frihandelsforbund (European Free Trade Association, forkortet EFTA) ble opprettet i 1960 som et alternativ til Det europeiske økonomiske fellesskap. EFTA-samarbeidets hovedformål var fri varehandel mellom medlemsstatene, men uten felles tollsatser eller handelspolitikk utad. Det var således mindre omfattende enn EF.⁶ Ved starten av EFTA var land som Storbritannia og Danmark medlem. Dog ble det slik at flere av medlemslandene så på EF som mer attraktivt. Resultatet ble at Storbritannia, Danmark og Irland ble EF-medlemmer i 1973. EFTA mistet mye av sin tyngde ved at stormakten Storbritannia trakk seg ut.⁷ I 1989 åpnet EU-kommisjonens president Jacques Delors for å tilby EFTA-statene et mer strukturert partnerskap med EF så langt det kunne gjøres uten at de ble fullverdige medlemmer. Dermed startet en prosess som skulle ende i EØS-avtalen.⁸

Da EF hadde satt i gang prosjektet som munnet ut i Maastricht-avtalen, førte dette til en frykt blant EFTA landene for at de kunne bli utestengt fra det nye markedet. Dette var bakgrunnen for at forhandlingene om EØS-avtalen kom i gang.⁹ For EF var forhandlingene en måte å utsette en massiv pågang av søkere fra EFTA-landene. ”Allerede før EØS-avtalen var undertegnet hadde imidlertid Østerrike, Sverige og Finland, og etter hvert også Norge, sendt søknader om fullt EF-medlemskap. EFs plan om å bruke EØS til å utsette strømmen av medlemssøknader hadde slått feil. Etter folkeavstemninger i de fire landene ble alle unntatt Norge medlemmer av det som nå var blitt EU, og EFTA var ytterligere svekket. Igjen stod Norge, Island og Liechtenstein, som var EØS-medlemmer.”¹⁰

⁵ http://no.wikipedia.org/wiki/Den_europeiske_union [Sitert 10.09.09]

⁶ <http://no.wikipedia.org/wiki/EFTA> [Sitert 14.09.09]

⁷ Sejerstad, Frederik...[et al.], ”EØS-RETT”, 2. utg. Oslo 2004 side 32

⁸ <http://no.wikipedia.org/wiki/EFTA> [Sitert 14.09.09]

⁹ Sejerstad, Frederik...[et al.], ”EØS-RETT”, 2. utg. Oslo 2004 side 27

¹⁰ <http://no.wikipedia.org/wiki/EFTA#Historie> [Sitert 14.09.09]

Hovedformålet med EØS-avtalen er at også de 3 gjenværende EFTA-land skal være en del av EU sitt indre marked, hvilket innebærer at også her blir ”de 4 friheter” gjeldene. Allikevel er ikke Norge, Island og Liechtenstein en del av fiskeri- eller jordbrukspolitikken.

2 Forskjeller og likheter mellom EU og EØS

2.1 Pilarer

EU omfatter tre pilarer/søyler. Den første er De europeiske Fællesskaber (EKSF, EURATOM og EF). Det er denne som er den første og viktigste pilar i EU.¹¹ Pilar 2 dreier seg om felles utenriks- og sikkerhetspolitikk, mens pilar 3 dreier seg om rettslige og indre anliggender.¹²

Grunnen til at det er pilar 1 som er viktigste i EU, er at det er her samarbeidet i det vesentligste har en fellesskapsrettslig og ikke folkerettslig form.¹³ EU har tydelig utviklet seg fra sitt folkerettslige utgangspunkt og blitt et autonomt rettssystem som verken er folkerettslig eller nasjonalt.¹⁴

I tillegg gjelder EØS-samarbeidet kun pilar 1. Oppgaven min blir derfor avgrenset til å gjelde pilar 1.

2.2 Folkerett og overnasjonalitet

Det kan være vanskelig å definere hva folkerett er. Jeg vil her nøye meg med en enkel definisjon: Folkeretten er den del av retten som regulerer rettsforholdene mellom stater, i deres egenskap av sådanne.¹⁵ En hver stat er suveren og ikke underkastet noen annen vilje

¹¹ Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen, ”*EU RET*”, 4.utg. København 2005 side 24

¹² Sejerstad, Frederik...[et al.], ”*EØS-RETT*”, 2. utg. Oslo 2004 side 22

¹³ Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen, ”*EU RET*”, 4.utg. København 2005 side 26

¹⁴ Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen, ”*EU RET*”, 4.utg. København 2005 side 26

¹⁵ Ruud, Morten og Geir Ulfstein, ”*Innføring i Folkerett*”, 2. utg. Oslo 2002 side 16

enn sin egen. Dette kalles for suverenitetsprinsippet. Dette betyr at folkeretten i hovedsak er mellomstatelig og ikke overstatlig, den mangler en sentral myndighet.¹⁶

2.2.1 Hvordan EU fungerer folkerettslig og overnasjonalt

I Sag 6/64 Costa mod ENEL ble prinsippet om EU-rettsens forrang stadfestet med ordene ”Af alt dette fremgår det, at den af traktaten affødte ret, der vedrører fra en autonom retskilde, på grund af sin selvstændige natur retsligt må gå forud for en hvilken som helst national bestemmelse, idet den ellers ville miste sin fællesskabskarakter, og idet selve retsgrundlaget for Fællesskabet ellers ville blive bragt i fare...”¹⁷ Allerede ”i Les Verts”¹⁸ - dommen fra 1986 betegnede Domstolen for første gang EF-Traktaten som Fællesskabets forfatning og denne karakteristikk gentog den i udtalelsen fra 1991 om det første udkast til EØS aftale”.¹⁹

I motsetning til den ”vanlige” folkerettslige avtale kan EU fremtvinge lik håndtering av like lover. Dette blir altså ikke selv overlatt til medlemsstatene å bestemme.

EU skiller seg også fra den tradisjonelle folkeretten ved at innenfor EU eksisterer det uavhengige institusjoner.²⁰ Medlemslandene skal for eksempel respektere kommisjonsmedarbeidernes uavhengighet, jf EFT art.347. Ett annet eksempel på denne overnasjonaliteten er at det ved lovgivning på en del områder er tilstrekkelig med kvalifisert flertall. Dette betyr at om et medlemsland stemmer nei til ny lovgivning blir de allikevel pålagt lovgivningen ved flertallsavstemning. Dette er spesielt, særlig med tanke på suverenitetsprinsippet. Et siste moment som gjør EU-retten overnasjonal er at deler av EU-retten får umiddelbar virkning og gir rettigheter til borgerne, som de kan gå til sin nasjonale domstol med.²¹

¹⁶ Ruud, Morten og Geir Ulfstein, ”Innføring i Folkerett”, 2. utg. Oslo 2002 side 21

¹⁷ Sag 6/64 Costa mod ENEL

¹⁸ Sag 294/83Miljøpartiet ”Les Verts” mod Europa-parlamentet

¹⁹ Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen, ”EU RET”, 4.utg. København 2005 side 26

²⁰ Sørensen, Karsten Engsig og Poul Runge Nielsen, ”EU-RETTE – forkortet udgave”, 1.utg. København 2008 side 36-37

²¹ Sejerstad, Frederik...[et al.], ”EØS-RETT”, 2. utg. Oslo 2004 side 41

2.2.2 Hvordan EØS-fungerer folkerettslig og overnasjonalt

EØS-avtalen er derimot av formelt folkerettslig karakter. Den har derfor ikke de ovennevnte trekk som EU-avtalen har. Allikevel skal jeg nå vise at EFTA-landene (eksemplifisert av Norge i denne oppgaven) nok har overgitt mye av sin suverenitet.²² EF-traktatens art. 10 omtales ofte som det alminnelige lojalitetsprinsipp. Bestemmelsen kan fort anses som meget generell. Dette er allikevel ikke til hinder for at artikkelen brukes som begrunnelse for EF-domstolens avgjørelser om forrang.²³ Et tilsvarende lojalitetsprinsipp er nedfelt i EØS-avtalen art. 3. Denne artikkelen gir derfor norske myndigheter en plikt til å følge EØS-retten. Dette må ses på som et skjerpet gjennomføringskrav i forhold til alminnelig folkerett.²⁴ Beviset på at EØS-avtalen dog ikke er like omfattende som EU-avtalen er protokoll 35. Protokollen pålegger EFTA-landene å sikre forrang, men gjennom nasjonale bestemmelser og ikke gjennom EU sitt overnasjonale regelverk. Dette er hovedbegrunnelsen for EØS samarbeidet. EFTA landene har ikke ønsket noe overnasjonalt regelverk. Men siden Norge har forpliktet seg til å følge EF-domstolen kan man si at resultatet blir nesten det samme. Dog skriver protokoll 35 om forrang med hensyn til "andre lovregler". Det betyr at forrangen ikke gjelder ved den norske Grunnlov.²⁵

2.3 Domstolene

2.3.1 EF-domstolen

Jeg kommer til å gå mer i dybden med hensyn til EF-domstolen når jeg skal skrive om EUs rettskilder. Derfor nøyer jeg meg her med å konstatere at EF-domstolen i stor grad har bidratt til å utvikle EU-retten. Dette kan begrunnes ut i fra at dommene som EF-domstolen presenterer, er bindende for medlemsstatene. Domstolen er en uavhengig instans. Dette betyr at den skal fremme interessene til EU og ikke de enkelte medlemslandenes.

²² Sejerstad, Frederik...[et al.], *"EØS-RETT"*, 2. utg. Oslo 2004 side 84-85

²³ Thomsen, Henrik Gjerluf, *"Andvendelse af direktivstridige regler"* Specialeafhandling 2007 side 5 (Nettdokument)

²⁴ Sejerstad, Frederik...[et al.], *"EØS-RETT"*, 2. utg. Oslo 2004 side 186

²⁵ Sejerstad, Frederik...[et al.], *"EØS-RETT"*, 2. utg. Oslo 2004 side 187

2.3.2 EFTA-domstolen

For å sikre at EØS-retten blir fulgt og tolket i samsvar med EU-retten, har EFTA-landene opprettet en egen EFTA-domstol, tilsvarende EF-domstolen. Også her er det allikevel to forskjeller. For det første er EFTA-domstolen forpliktet til å legge vekt på rettspraksis fra EF-domstolen.²⁶ For det andre følger det av ODA art. 34 at EFTA-domstolen gir ”rådgivende uttalelser om fortolkningen”. Som nevnt er EF-domstolen bindende for medlemslandene. EFTA-landene er ikke forpliktet til å følge det EFTA-domstolen uttaler seg om. Dette bidrar til å sikre at EØS-avtalen ikke er like overnasjonal som EU.

2.3.3 Omfanget av EU-avtalen og EØS-avtalen

Omfanget til EØS-avtalen er ikke like stort som det for EU-avtalen. Som jeg allerede har nevnt omfatter EU pilar 1, 2 og 3. EØS-samarbeidet omfatter kun pilar 1 sine bestemmelser og lovgivning vedrørende det indre marked.²⁷ Men heller ikke alt som dreier seg om det indre markedet er EØS en del av. EØS har ikke overtatt EUs felles handelspolitikk og tollunion utad og heller ikke harmonisering på skatte- og avgiftsrettens område. I tillegg er EØS ikke en del av jordbruk og fiskehandel.²⁸

2.4 Rettskilder

Gjennom EØS-loven § 1 har Norge gjennomført avtalens hoveddel gjennom en såkalt henvisning. ”Ved henvisning vedtar man én enkelt norsk paragraf som henviser til traktaten og fastslår at den skal gjelde som norsk rett”.²⁹ Hoveddelen har derfor status som norsk lov. Samtidig har hoveddelen status som EØS-rett. Det betyr igjen at for å kunne tolke EØS-loven må man bruke rettskilder først fra EU deretter fra norsk rett. Det samme prinsippet

²⁶ Sejerstad, Frederik...[et al.], *”EØS-RETT”*, 2. utg. Oslo 2004 side 87

²⁷ Sejerstad, Frederik...[et al.], *”EØS-RETT”*, 2. utg. Oslo 2004 side 83

²⁸ Sejerstad, Frederik...[et al.], *”EØS-RETT”*, 2. utg. Oslo 2004 side 83-84

²⁹ Sejerstad, Frederik...[et al.], *”EØS-RETT”*, 2. utg. Oslo 2004 side 188

har Danmark. Det blir derfor også viktig å se på Danmarks rettskildebruk. Kanskje kan forskjeller her gjøre at direktivkonform fortolkningen blir noe annerledes.

2.4.1 Norske rettskilder

I norsk lovgivning opereres det i følge Torstein Eckhoff,³⁰ med syv forskjellige rettskildefaktorer.

- Lovtekster
- Lovforarbeider
- Rettspraksis
- Andre myndigheters praksis
- Privates praksis
- Rettsoppfatninger (særlig i juridisk litteratur)
- Reelle hensyn

Jeg vil ikke gå veldig dypt inn i de ulike rettskildene, men vil allikevel trekke fram enkelte elementer. Privates praksis og rettsoppfatninger vil jeg ikke kommentere ytterligere, da de andre rettskildefaktorene nok er tyngre.

Det er særlig når rettskildefaktorene viser til ulike tolkningsmåter problemet blir satt på spissen. Man snakker da om hvilken vektlegging de ulike faktorene skal ha, slik at man kan komme fram til harmonisering.

2.4.1.1 Lovteksten

Det første man pleier å se på når man står overfor et rettsspørsmål, er å se om de formelle lovene kan løse spørsmålet.³¹ En ordlyd er ofte uklar og ikke presis. Det kreves derfor at man må tolke en lov. Har for eksempel en lov flere alternative måter den kan tolkes på, kalles dette for presiserende tolkning.³² Andre tolkningsmåter er innskrenkende tolkning, utvidende tolkning analogisk tolkning, samt antitetisk tolkning.

³⁰ Eckhoff, Torstein, "RETTSKILDELÆRE", 5.utg. Oslo 2001 side 23

³¹ Eckhoff, Torstein, "RETTSKILDELÆRE", 5.utg. Oslo 2001 side 39

³² Eckhoff, Torstein, "RETTSKILDELÆRE", 5.utg. Oslo 2001 side 118

Å tolke innskrenkende vil si å gi en bestemmelse snevrere anvendelsesområde eller rekkevidde enn ordlyden tilsier.³³ Å tolke en bestemmelse utvidende eller analogisk vil si at man anvender den på forhold som ikke dekkes av ordlyden.³⁴ Analogisk går lenger enn utvidende tolkning, men å sette et bestemt skille for når man tolker utvidende og når man tolker analogisk kan være vanskelig. En antitetisk tolkning gjør det motsatte av en utvidende. Hvis en regel tilsier at hvis a så b, kan man trekke den slutningen at andre enn a blir ikke b.

2.4.1.2 Lovforarbeider

Med ordet forarbeider, mener jeg alt som har blitt gjort fram til den endelige ferdige lov. I Norge bruker man ofte forarbeider for å forklare hvordan lovgiver egentlig har ment at en lov skal tolkes. Også domstolene henviser ganske ofte til lovforarbeider i sine begrunnelser.³⁵ Allikevel kan det være usikkert hvor mye vektlegging domstolene legger i forarbeidene. Imidlertid har det ofte vist seg at forarbeidene kan være utslagsgivende. Dette kommer særlig på spissen i de tilfeller der man savner andre holdepunkter.³⁶ Allikevel vil nok en lovregel som oftest gå foran når den er klar. Hovedinntrykket til Eckhoff,³⁷ er at når lovtekst og forarbeider peker i hver sin retning, er det ofte en tredje faktor som gjør utslaget.

2.4.1.3 Rettspraksis

Høyesterettsdommer blir ofte anvendt hos oss som en rettskildefaktor. Særlig Høyesterettsdommer som er blitt prejudikat får betydning. Også dommer som ikke anses for å være prejudikat kan få betydning for senere avgjørelser.³⁸ Men Høyesterett kan også

³³ Eckhoff, Torstein, "RETTSKILDELÆRE", 5.utg. Oslo 2001 side 119

³⁴ Eckhoff, Torstein, "RETTSKILDELÆRE", 5.utg. Oslo 2001 side 124

³⁵ Eckhoff, Torstein, "RETTSKILDELÆRE", 5.utg. Oslo 2001 side 78

³⁶ Eckhoff, Torstein, "RETTSKILDELÆRE", 5.utg. Oslo 2001 side 79

³⁷ Eckhoff, Torstein, "RETTSKILDELÆRE", 5.utg. Oslo 2001 side 85

³⁸ Eckhoff, Torstein, "RETTSKILDELÆRE", 5.utg. Oslo 2001 side 160

gå bort fra prejudikater. Vi lever i et dynamisk samfunn og selv Høyesterettsdommere kan komme til uheldige resultater. Ofte foregår endring av prejudikater med en gradvis endring av resultatene. Domstolene kan også være rettskapende.

2.4.1.4 Andre myndigheters praksis

Andre myndigheters praksis er tydelig en viktig rettskilde, hvilket jeg vil vise gjennom senere diskusjon i denne oppgaven.

2.4.1.5 Reelle hensyn

Reelle hensyn kan framstilles som annerledes enn de andre faktorene jeg har snakket om. Reelle hensyn er i stor grad et resultat av rettsanvenderens egne overveielser, mens de tidligere nevnte faktorene er mer baserte på kunnskapsinnhenting.³⁹ Om reelle hensyn skal vektlegges mer enn andre for å oppnå harmonisering avhenger av hvor sterkt man tar avstand fra det resultat som motargumentene ville resultere i. Allikevel synes det som at når det foreligger en klar lovbestemmelse, og verken forarbeider eller noen av de andre rettskildedefaktorene gir grunnlag for å tolke loven i strid med ordlyden, pleier Høyesterett å bøye seg for dette, selv om den finner resultatet mindre rimelig.⁴⁰

2.4.2 Danske rettskilder

I Danmark inndelte Alf Ross i 1953 rettskildene i fire hovedgrupper; lovgivning, præjudikater, retssædvaner og forholdets natur.⁴¹

³⁹ Boe, Erik, ”*INNØRING I JUSS*”, 3.opplag. Oslo 2001 side 291

⁴⁰ Eckhoff, Torstein, ”*RETTSKILDELÆRE*”, 5.utg. Oslo 2001 side 378

⁴¹ Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø, ”*RETSKILDER OG RETSTEORIER*”, 1.utg. København 2005 side 39

2.4.2.1 Lovgivning

Den danske lovstruktur er den samme som hos oss med Grundlov og lover, hvor Grundloven har fortrinnsrett.

Danskene benytter seg ofte av forarbeider, men de kaller ikke dette en selvstendig rettskilde,⁴² men en fortolkningsmetode.⁴³

Også i Danmark kreves en tolkning for å forstå lovens tekst. ”Forståelsen opnås typisk gennem en sproglig analyse, læsning af forarbejderne til loven og ved at sætte sig ind i lovens formål, som oftest er nævnt i loven selv og dens bemærkninger.”⁴⁴ Danskene benytter seg også av presiserende, innskrenkende og utvidende fortolkningsprinsipper.⁴⁵ Man kan også fortolke loven analogt eller motsætningsvis (altså antitetisk på norsk).⁴⁶

2.4.2.2 Præjudikater

Som i Norge er domstolen i Danmark inndelt i tre instanser med Høyesteretten på toppen av hierarkiet.

Ruth Nielsen og Christina Tvarnø definerer præjudikater som dommer ”hvor de danner mønster for fremtidige afgørelser.”⁴⁷ Begrunnelsen for hvorfor prejudikater foreligger og hvorfor det kan være sterke grunner til å fravike disse, er den samme som i Norge.⁴⁸ I dag er det blitt mer vanlig at prejudikatene blir sitert som en del av domspremissene. Slik har

⁴² Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø, ”RETSKILDER OG RETSTEORIER”, 1.utg. København 2005 side 75

⁴³ Rasmussen, Hjalte, ”EU-RET I KONTEKST”, 5.utg. København 2003 side 170

⁴⁴ Glerup, Anne Lind, Ulla Rosenkjær og Leif Rørbæk, ”juraens-grundregler.dk”, 2. utg. Allingåbro 2007 side 29

⁴⁵ Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø, ”RETSKILDER OG RETSTEORIER”, 1.utg. København 2005 side 194-200

⁴⁶ Glerup, Anne Lind, Ulla Rosenkjær og Leif Rørbæk, ”juraens-grundregler.dk”, 2. utg. Allingåbro 2007 side 29

⁴⁷ Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø, ”RETSKILDER OG RETSTEORIER”, 1.utg. København 2005 side 147

⁴⁸ Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø, ”RETSKILDER OG RETSTEORIER”, 1.utg. København 2005 side 148-149

det ikke alltid vært. Tidligere var det slik at domstolene ikke siterte prejudikater i domsbegrunnelsen. I stedet ble det henvist til de lovbestemmelser som ble anvendt.⁴⁹ I notene til dommene i Ugeskrift for Retsvæsen henvises derimot til præjudikater.⁵⁰

2.4.2.3 Retssædvaner

Retssædvaner (Sedvanerett og kutymer på norsk), spiller i dansk rett en rolle særlig i internasjonale handelsforhold. På nasjonalt nivå blir retssædvaner brukt på områder som statsforfatningsretten, arbeidsretten, og i form av bransjekutymer på en rekke kontraktrettslige områder.⁵¹

2.4.2.4 Forholdets natur

Forholdets natur vil si det samme som reelle hensyn i norsk rettskildebruk. Det er ofte slik at partene i de danske domstolene argumenterer for et krav med henvisning til forholdets natur. Allikevel er det sjelden domstolene støtter seg på dette argumentet alene.⁵²

2.4.2.5 Oppsummering

Jeg oppfatter det som at norske forarbeider blir mer vektlagt enn de danske. Ellers er hovedprinsippene og fortolkningsprinsippene de samme i begge land. Likheten kan begrunnes med at Norden tildeles en egen familie innenfor civil law-gruppen.⁵³ Her bygges retten mer på forarbeider og analogi enn common law hvor prejudikater står særdeles sentralt.

⁴⁹ Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø, ”RETSKILDER OG RETSTEORIER”, 1.utg. København 2005 side 151

⁵⁰ Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø, ”RETSKILDER OG RETSTEORIER”, 1.utg. København 2005 side 151

⁵¹ Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø, ”RETSKILDER OG RETSTEORIER”, 1.utg. København 2005 side 167

⁵² Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø, ”RETSKILDER OG RETSTEORIER”, 1.utg. København 2005 side 173

⁵³ Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø, ”RETSKILDER OG RETSTEORIER”, 1.utg. København 2005 side 59

2.4.3 EUs rettskilder

Jeg vil her først nevne EUs rettskilder og deretter se på hvordan disse rettskildene påvirker norsk og dansk rettstilstand.

Som nevnt kan man si at Norden er innen for civil law-gruppen. Alle de seks land som signerte det europeiske kull- og stålfellesskap, tilhørte også denne gruppen. EU-retten er nok derfor preget av denne tilhørigheten. Allikevel har ikke EU et velformulert rettskildhierarki. EF-domstolens funksjon avviker også noe fra den tradisjonelle.⁵⁴

2.4.3.1 Primærlovgivning

De viktigste rettskildene for EU-retten er EØF-traktaten og EU-traktaten. Traktatene er EUs ”Grunnlover” som alle de andre EU-reglene har sitt utspring fra.⁵⁵ Særlig traktatenes formål står her i sentrum: Formålet er å få til et indre marked som på en effektiv måte skal skape harmoni. EU-retten begrunner mange av sine resultater nettopp ut fra formålet med traktatene.⁵⁶

2.4.3.2 Sekundærlovgivning

Da Norge signerte EØS-avtalen i 1994 overtok man EU-retten slik den da gjaldt. Men et av målene til EU er å være dynamisk og hele tiden utvikle seg. EØS-retten kan derfor ikke fryses til 1994 men må følge EU-rettens stadige utvikling. ”Prinsippet om dynamisk videreutvikling er en grunnleggende forutsetning for at EØS-avtalene skal kunne fungere, men det er ikke et rettslig bindende krav.”⁵⁷ Praksis tilsier at det er svært vanskelig å ikke overta nye relevante regler.

⁵⁴ Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø, ”RETSKILDER OG RETSTEORIER”, 1.utg. København 2005 side 59

⁵⁵ Glerup, Anne Lind, Ulla Rosenkjær og Leif Rørbæk, ”juraens-grundregler.dk”, 2. utg. Allingåbro 2007 side 35

⁵⁶ Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen, ”EU RET”, 4.utg. København 2005 side 43 og 44

⁵⁷ Sejerstad, Frederik...[et al.], ”EØS-RETT”, 2. utg. Oslo 2004 side 177

EØS-avtalen består av ulike deler. Den viktigste er hoveddelen som er blitt til formell norsk lov. Her finner man primærlovgivningen. Prinsippet er det samme i EUs forfatning. I tillegg kommer den såkalte sekundærlovgivningen, altså regler (eller vedlegg) som er kommet til i etterkant av hoveddelen og traktatene. En samlet betegnelse for dette er rettsakt. Grunnen til at sekundærlovgivningen er oppstått, er at det ville vært umulig å få alle regler inn i primærlovgivningen. Det ville blitt meget uoversiktlig og for lite detaljert til at medlemslandene kunne tolket likt. Det er dessuten forutsatt i traktatens art. 249 at primærlovgivningen suppleres med en rekke sekundære rettsakter. Den sekundære lovgivningen vedtas av Rådet og Europa-parlamentet.⁵⁸ Tilsvarende regel finnes i EØS-avtalens hoveddel art. 102. Etter EØS-avtalen art. 119 skal sekundærlovgivningen være ”en integrert del” av avtalen. Dette fremgår også av forarbeidene⁵⁹ til EØS-loven.

Siden Norge gjennom EØS-avtalen har forpliktet seg til likhetsprinsippet i EØS art. 3, samt til å innta de ulike sekundærlovgivningene, vil jeg når jeg nå skal diskutere sekundærlovgivningen kun konsentrere meg om EU og ikke EØS. Der jeg mener at det er forskjeller mellom EU og EØS vil jeg kommentere dette nærmere. Der dette ikke blir kommentert, betyr det at jeg mener det er samsvar mellom hvordan EU og EØS fungerer. EFT art. 249 oppregner fem typer rettsakter, altså ulike typer sekundærlovgivning; forordninger, direktiver (her kalt rammelov, men jeg kommer til å bruke ordet direktiver), beslutninger, henstillinger og uttalelser. Forordninger, direktiver og beslutninger er bindende, mens henstillinger og uttalelser ikke er bindende, altså såkalt ”soft law”.⁶⁰ Da det er forordninger og direktiver EØS-landene blir berørt av, er det disse to jeg vil gå nærmere inn på.

⁵⁸ Sørensen, Karsten Engsig og Poul Runge Nielsen, ”*EU-RETTE* – forkortet udgave”, 1.utg. København 2008 side 117-118

⁵⁹ St.prp. nr 100 (1991-92) side 102

⁶⁰ Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen, ”*EU RET*”, 4.utg. København 2005 side 135

2.4.3.2.1 Forordninger

Forordninger defineres i EFT art. 249 4.ledd, som en ”almengyldig ikke-lovgivningsmæssig retsakt til gjennomførelse af lovgivningsmæssige retsakter og visse bestemmelser i forfatningen.” I EØS-avtalen art. 7 bokstav a, skal en forordning ”gjøres del av avtalepartenes interne rettsorden.” En forordning har umiddelbar virkning. Det betyr at offentliggjøring av forordninger i De Europæiske Fællesskabers Tidende (EFT), er nok til å skape rettigheter og plikter for borgerne samt bedrifter i medlemslandene.⁶¹ Hensikten med dette er at det skal skapes fullstendig identisk lovgivning i alle medlemsstater.⁶² Derfor brukes forordninger mest når det er ekstremt viktig med 100 % likhet. Forordninger kan ut i fra dette sammenlignes med det vi kjenner igjen som lover. Det er altså særlig her Norge og Danmark mister mye av sin suverenitet.

2.4.3.2.2 Direktiver

I EFT art. 249 er direktiver definert som ”... en lovgivningsmæssig retsakt, der er bindende for enhver medlemsstat, som den er rettet til, med hensyn til det tilsigtede mål, men overlader det til de nationale myndigheder at vælge form og midler for gennemførelsen.” Dette betyr at når det blir utstedt et direktiv plikter den nasjonale staten å implementere direktivet inn i sin nasjonale rett, altså å integrere rettsakten inn i den nasjonale lovgivning. Det overlates derfor til de norske og danske myndigheter å finne ut av hvordan dette skal gjennomføres. Forskjellig fra forordninger er at direktiver særlig er egnet hvor målet ikke er å skape en 100 % rettsstilling i medlemslandene, men heller å få en tilnærming av rettsstillingen (harmonisering).⁶³

⁶¹ Rasmussen, Hjalte, ”*EU-RETI KONTEKST*”, 5.utg. København 2003 side 340

⁶² Sørensen, Karsten Engsig og Poul Runge Nielsen, ”*EU-RETTE – forkortet udgave*”, 1.utg. København 2008 side 120

⁶³ Sørensen, Karsten Engsig og Poul Runge Nielsen, ”*EU-RETTE – forkortet udgave*”, 1.utg. København 2008 side 121

Som nevnt er det opp til Norge og Danmark selv å danne lover i samsvar med direktivene. Finnes det allerede en tilsvarende regel i den nasjonale lovgivningen er det tilstrekkelig å konstatere harmoni.⁶⁴

Men som jeg også senere vil vise har EF-domstolen en høy grad av rettskapende virkning. Domstolen har også kommet opp med krav til gjennomføringen av direktiver; etter sag 29/84⁶⁵ premiss 23 ble det sagt at regelen skal være tilstrekkelig klar og bestemt, særlig når direktivet tilsikter å skape rettigheter for private. I tillegg skal direktivet være tilstrekkelig kjent for de som berøres slik at disse har mulighet til å bringe en sak for den nasjonale domstol.

Reglene skal også være bindene, altså skape en sikker rettsstilstand. ”Som en grov hovedregel kan man si, at direktiver alltid kan og normalt skal opfylles ved lovgivning eller administrative forskrifter, mens de subsidiære retskilder – lovforarbejder, cirkulærer, retspraksis, forholdets natur, den juridiske litteratur og kollektive overenskomster – aldrig skal og kun i begrenset omfang kan benyttes til at opfylde EF-direktiver.”⁶⁶ Domstolen har for eksempel i sag 102/79⁶⁷ sagt i denne sammenheng, i premiss 11, at et direktiv ikke er tilstrekkelig implementert gjennom forvaltningspraksis, da forvaltningen selv kan forandre på forvaltningspraksisen.

Videre skal det ved overtredelse av implementeringen finnes effektive sanksjoner. Sanksjonene overlates oftest til medlemsstatene å bestemme. Allikevel har EF-domstolen også her kommet med krav. Den har sagt at traktatens art. 10 gjør at sanksjoner som er knyttet til feilaktig gjennomførelse av direktiver skal være like. Det vil si at sanksjonene skal være like strenge som sanksjoner på nasjonal basis. Sanksjonene skal også være så effektive at de virker avskrekkende for de som blir pålagt plikter. Til sist skal sanksjonen være proporsjonal, det vil si at en sanksjon eller godtgjørelse skal stå i rimelig forhold til

⁶⁴ Sejerstad, Frederik...[et al.], ”*EØS-RETT*”, 2. utg. Oslo 2004 side 49

⁶⁵ Sag 29/84 Kommissionen mod Tyskland

⁶⁶ Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø, ”*RETSKILDER OG RETSTEORIER*”, 1.utg. København 2005 side 120

⁶⁷ Sag 102/79 Kommissionen mod Belgien

skaden som er blitt gjort.⁶⁸ Sanksjone kan begrunnes med kravene til effektivitet og harmonisering.

Til sist stilles det et krav om at implementeringen skjer innenfor tidsfristen direktivet angir. Dette fordi man skal sikre harmonisering til riktig tid og sikre at alle medlemsstatene følger de samme reglene. Domstolen har for eksempel i Sag C-178-179/94 og 188-190/94⁶⁹ sagt i premiss 53 at ”Ifølge Domstolens faste praksis kan en medlemsstat nemlig ikke påberope sig bestemmelser, praksis eller forhold i sin nationale retsorden som begrunnelse for ikke at overholde forpliktelse og frister i henhold til et direktiv”.

2.4.3.3 Rettspraksis

EF-domstolen er i dag EU-rettsystemets høyeste domstol. Enhver EF-dom skal også anses som enstemmig, selv om dette ikke alltid er realiteten. EU-domstolen har som jeg senere skal vise utviklet EU-retten på mange måter. Den har blant annet tolket inn doktriner om direkte virkning og direktivkonform fortolkning samt forrangsprinsippet. Domstolen har derfor en stor bestemmelse med hensyn til hvordan regelverket skal fortolkes. Dette kan begrunnes i at EF-domstolen har forstått art. 220 EF slik at de har enerett på autoritativ tolkning av EU-retten. EU-institusjonene, de nasjonale myndigheter og de nasjonale domstoler plikter derfor å legge EF-domstolens tolkninger til grunn.⁷⁰

EF-domstolen anser også at den har en plikt til å bidra aktivt til å utvikle EU-retten. Også denne domstolen kan ha prejudikater. Disse tillegges gjerne stor betydning og siteres ofte i senere avgjørelser, men man er ikke bundet av et prejudikat. I mange tilfeller benyttes den gradvise overgang.⁷¹

⁶⁸ Sørensen, Karsten Engsig og Poul Runge Nielsen, *”EU-RETTE – forkortet udgave”*, 1.utg. København 2008 side 124

⁶⁹ Forenede sager C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 og C-190/94 Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula og Trosten Knor mod Bundesrepublik Deutschland

⁷⁰ Sejerstad, Frederik...[et al.], *”EØS-RETT”*, 2. utg. Oslo 2004 side 52

⁷¹ Sejerstad, Frederik...[et al.], *”EØS-RETT”*, 2. utg. Oslo 2004 side 52

Mye av den materielle EU-retten er rettspraksis som bygger på traktatene. Man kan derfor si at det blir en trinnhøyde i forholdet mellom den primære og den sekundære lovgivning. Dette gjør at rettspraksis som tolker primærlovgivningen blir av særlig stor betydning.

2.4.3.4 Rettsprinsipper.

I EU-retten har ulike rettsprinsipper stor betydning. Dette kan forklares ut fra at i kontinentale rettsystemer som EU-retten er bygget rundt, har vist seg å være mer tilbøyelige til å bruke slike prinsipper mer aktivt i sin rettslige argumentasjon enn det gjøres for eksempel hos oss. En annen grunn er EU-rettens dynamikk og at denne retten er relativt uferdig, hvilket har skapt behov for å skape sammenheng i regelverket. Samtidig er prinsippene fleksible verktøy i EF-domstolens rettsskapende virksomhet.⁷² Eksempler på slike prinsipper er legalitetsprinsippet, subsidiaritetsprinsippet og forholdsmessighetsprinsippet. Rettsprinsippene synes å ha høyere grad av rettskildeverdi enn våre reelle hensyn. Av denne grunn blir rettsprinsippene høyere i rang enn det vi kanskje tenker oss når vi sammenligner med reelle hensyn.

2.4.3.5 Forarbeider

Som nevnt benytter Norge seg mer av forarbeider enn det Danmark gjør. I EU-retten spiller forarbeidene enda mindre rolle. Til de opprinnelige traktatene finnes det ikke engang tilgjengelige forarbeider.⁷³

2.4.3.6 Preambler

I stedet for forarbeider, benyttes det i EU lovgivningen preambler. Dette er en innledende tekst hvor formålet med de senere bestemmelsene formuleres.⁷⁴ Preamblene utgjør derfor et

⁷² Sejerstad, Frederik...[et al.], *"EØS-RETT"*, 2. utg. Oslo 2004 side 65

⁷³ Sejerstad, Frederik...[et al.], *"EØS-RETT"*, 2. utg. Oslo 2004 side 54

⁷⁴ Sejerstad, Frederik...[et al.], *"EØS-RETT"*, 2. utg. Oslo 2004 side 55

vesentlig grunnlag for fortolkningen av de andre bestemmelsene i traktatene. I tillegg henviser domstolen ofte til preambler til både forordninger og direktiver.⁷⁵

2.4.3.7 Sedvanerett

Som jeg har vist kan sedvanerett ha meget å si både i Norge og i Danmark. Dette er ikke tilfelle i EU-retten. Dette kan begrunnes med at dersom sedvanerett skal bli bindende, skal de som blir berørte av sedvaneretten, oppfatte den som gjeldende rett.⁷⁶ Det kan være svært vanskelig å opparbeide en slik oppfatning i EU fordi EU har ulike institusjoner og er representert av 27 ulike land med ulik kultur. EU-retten har også, som vi skal se, vært særs dynamisk og har derfor antagelig utfylt mangelen på sedvanerett med dynamisk lovgivning. EF-domstolen har derfor ikke anerkjent sedvanerett i EU.⁷⁷

2.5 Hvordan EU-retten påvirker norsk rettstilstand

Da Norge signerte EØS-avtalen, var en del av avtalen at man skal bøye seg for EU-retten, dog uten direkte virkning. Dette kommer også fram i EØS-avtalen art. 6 og art. 7. Når man har implementert en forordning eller et direktiv til norsk lov, eller man har anerkjent en allerede norsk lov til å være i samsvar med et direktiv eller en forordning, blir denne loven både norsk rett og EØS-/ EU-rett. Dette betyr at den norske domstol står foran to oppgaver når de skal tolke en slik lov: Det første domstolen må gjøre er å tolke loven ut fra konvensjonsbestemmelsene, altså EU sine rettskilder. Dette må gjøres for å avgjøre hvilke krav som persist blir stilt til innholdet av den norske lov. Dernest må konvensjonsforpliktelsene sammenholdes med rettskildefaktorene av nasjonal karakter, som kan få betydning for tolkningen av loven, med sikte på å fastlegge innholdet av den rettsregelen som gjelder her i landet.⁷⁸ Dette betyr at man må kjenne til rettskildefaktorene

⁷⁵ Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen, *"EU RET"*, 4.utg. København 2005 side 129

⁷⁶ Rasmussen, Hjalte, *"EU-RET I KONTEKST"*, 5.utg. København 2003 side 165

⁷⁷ Rasmussen, Hjalte, *"EU-RET I KONTEKST"*, 5.utg. København 2003 side 166

⁷⁸ Arnesen, Finn og Are Stenvik, *"Internasjonalisering og metodeproblemer – særlig om EØS-rettens innvirkning på norsk rett"*, Upublisert. Utkast 19.november 2008 side 22

begge steder. Et eksempel på at dette er blitt gjennomført, er Dobbeltstraff I dommen⁷⁹. Her fremgår det av dommen på side 565 at norske domstoler ved tolkningen av den implementerte EMK skal benytte samme metode som Menneskerettighetsdomstolen ville ha gjort.

Man står altså over for to alternative regler og fortolkningssett, og domstolen må ta stilling til hvilke av disse to som skal gis forrang. Dette kommer jeg nærmere til under presumsjonsprinsippet og prinsippet om direktivkonform fortolkning. Allikevel er det viktig å huske at det er selve EØS-/EU- regelen, ferdig tolket, som bringes inn som en rettskildefaktor i samordningsprosessen med de nasjonale rettskilder og ikke EU sine enkelte rettskildefaktorer.⁸⁰

2.6 Hvordan EU-retten påvirker dansk rettstilstand

Siden Danmark er en del av EU og har overgitt en del av lovgivningsmakten til EU, var spørsmålet om dette var i strid med Grunnloven. Danmark har i sin Grunnlov (heretter grl) § 88 en tilsvarende regel som vi har i vår grl § 93. De er kommet fram til at medlemskapet ikke er i strid med dansk grunnlov. Allikevel kreves det etter tiltrædelsesloven (TL) at EU-retten også skal følge dansk lov. EU-retten blir dansk lov etter TL § 2 og 3.⁸¹ Siden reglene etter dette direkte blir implementert i dansk rett, blir dualismen minsket i det danske rettssystemet. Dette gjør at Danmark nærmer seg den monistiske teori. Dette fordi danske og EUs rettskilder utgjør et sammenhengende system.⁸² Også de folkerettslige avtaler som EU inngår med en tredjepart blir en del av det danske rettssystem.

⁷⁹ Rt. 2002:557

⁸⁰ Arnesen, Finn og Are Stenvik, ”Internasjonalisering og metodeproblemer – særlig om EØS-rettens innvirkning på norsk rett”, Upublisert. Utkast 19.november 2008 side 27

⁸¹ Thomsen, Henrik Gjerluf, ”Anvendelse af direktivstridige regler”, Specialeafhandling 2007 www.jura.av.dk/filadmin/site_files/filer_jura/dokumenter/forskning/rettid/2007/afh4.pdf side 23

⁸² Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø, ”RETSKILDER OG RETSTEORIER”, 1.utg. København 2005 side 44

Som jeg allerede har vært inne på ovenfor med hensyn til hvordan norske lover skal fortolkes når de også er en del av EØS, må danske lover med EU-retten som bakgrunn fortolkes på en annen måte enn rent danske lover.⁸³ Dette gjenspeiles i art. 234 EF hvor den danske domstol har mulighet for, og i noen tilfelle skal, hente relevant fortolkning fra EU-domstolen.⁸⁴

EU-retten gis også forrang og krav om direkte virkning i den nasjonale retten. Dette betyr at de danske lovene først skal tolkes ut i fra hvordan EF-domstolen ville ha svart, før de kan se på hvordan danske rettskildeprensippene danner grunnlag for tolkning. Allikevel er det i litteraturen enighet om at i de tilfeller hvor den danske lovgiver klart og bevisst har laget en lov som er i strid med en direkte anvendelig EU-regel, skal og vil domstolene i Danmark følge lovgiver og la den yngre danske lov få forrang.⁸⁵

”Desuden medfører EU-udviklingen ændringer i betydningen og indholdet af danske retskilder og af disses indbyrdes vægt gennem integration af EU-ret og folkeret i dansk ret.”⁸⁶

⁸³ Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø, ”RETSKILDER OG RETSTEORIER”, 1.utg. København 2005 side 139

⁸⁴ Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø, ”RETSKILDER OG RETSTEORIER”, 1.utg. København 2005 side 189

⁸⁵ Walsøe, Per, ”Om EF-direktiver”, 1991 side 22

⁸⁶ Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø, ”RETSKILDER OG RETSTEORIER”, 1.utg. København 2005 side 43

3 Direkte virkning (umiddelbar virkning)

”At en EF-regel har ”direkte virkning” innebærer at en nasjonal dommer skal anvende regelen selv om nasjonale myndigheter ikke har gjennomført regelen i nasjonal rett. Ved at dommeren anvender regelen får den ”virkning”. At dommeren anvender den ”direkte” innebærer at regelen får virkning uavhengig av nasjonale myndigheters vedtak.”⁸⁷

Direkte virkning dreier seg derfor om at private (borgere og selskap) i medlemslandene kan påberope seg traktaten eller sekundærlovgivningen selv om den ikke er implementert i den nasjonale lovgivningen.⁸⁸ Det er dette som gjør at EU blir en overnasjonal og ikke en folkerettslig avtale. Definisjonen av forordninger viser at disse er allmenngyldige. Forordninger får derfor umiddelbart direkte virkning.

Direkte virkning er en doktrine som EF-domstolen har utviklet. Spørsmålet var først oppe i sak 26/62⁸⁹. Her var tvisten om traktaten kunne ha direkte virkning. Domstolen sier her i premiss 18 at man skal følge traktatens ånd, oppbygging og innhold ved fortolkningen. Derfor skal man fortolke traktaten slik at den har umiddelbar virkning, og traktaten medfører derfor individuelle rettigheter som de nasjonale domsmyndighetene skal beskytte. EF-domstolen var relativt ny i 1962. Hadde ikke dommerne kommet fram til doktrinen om direkte virkning, kunne hele EF-retten blitt annerledes. Men siden de kom fram til det resultatet som de gjorde ”forærede [de] sig selv og deres institution en central plads i de kommende årtiers utvikling”.⁹⁰

Om *direktiver* har direkte virkning ble første gang presentert i van Duyn-saken.⁹¹ Her henviste domstolen til at ”direktivets nyttevirkning vil blive formindsket, såfremt de aldrig kan påberåbes umiddelbart af borgerne.”⁹² Etter denne dommen har EF-domstolen

⁸⁷ www.jus.uit.no/student/1/sensorv_1_h01_1teori.htm [Sitert 15.08.09]

⁸⁸ Sørensen, Karsten Engsig og Poul Runge Nielsen, ”EU-RETTE – forkortet udgave”, 1.utg. København 2008 side 135

⁸⁹ Sag 26/62 Van Gend en Loos mod Den Nederlandske Finansforvaltning

⁹⁰ Rasmussen, Hjalte, ”EU-retlig domssamling” 2.utg. København 2004 side 26

⁹¹ Sag 41/74 Yvonne van Duyn mod Home Office

⁹² Sørensen, Karsten Engsig og Poul Runge Nielsen, ”EU-RETTE – forkortet udgave”, 1.utg. København 2008 side 142

finpusset og forandret på begrunnelsen.⁹³ I Ratti-saken,⁹⁴ begrunner EF-domstolen at direktiver får direkte virkning på denne måten i premiss 21; ”Især i tilfælde, hvor fællesskabsmyndighederne i form af et direktiv har pålagt medlemsstaterne at gjennomføre et bestemt forhold, ville den tilsigtede virkning af direktivet blive svækket, såfremt de retsundergivne var forhindret i at påberåbe sig det under retssager, og de nationale domstole forhindret i at tage det i betragtning som en del af fællesskabsretten.” Direkte virkning skal altså her sikre borgernes rettigheter, selv om lovgiver ikke har implementert direktivet.

Begrunnelsen for at domstolen har gjennomført direkte virkning, noe som jo er radikalt, er at en stat ikke skal tjene på mislighold overfor borgerne.⁹⁵ Videre er jo hensikten med EU at man skal ha en effektivitet og harmonisering for å skape et likt indre marked. Direkte virkning bidrar derfor til dette.

3.1 Alltid i direktiver?

I premiss 19 i overnevnte dom vises det til at ikke alle direktiver får direkte virkning. I premiss 23 kreves det at direktivet er ”ubetinget og tilstrækkelig præsis.” Dette betyr at direktivet ikke skal være knyttet opp mot noe forbehold og direktivet skal være utformet på en slik måte at de nasjonale lovgiverne og domstolene ikke får valgmuligheter med hensyn til fortolkningen.⁹⁶ Det kreves også at tidsfristen for gjennomføring er utløpt, eller direktivet er blitt forsøkt gjennomført men er blitt gjennomført feil.⁹⁷

⁹³ Sejerstad, Frederik...[et al.], ”EØS-RETT”, 2. utg. Oslo 2004 side 50

⁹⁴ Sag 148/78 Anklagemyndigheden mod Tullio Ratti

⁹⁵ Sejerstad, Frederik...[et al.], ”EØS-RETT”, 2. utg. Oslo 2004 side 50

⁹⁶ Rasmussen, Hjalte, ”EU-RET I KONTEKST”, 5.utg. København 2003 side 345

⁹⁷ Sejerstad, Frederik...[et al.], ”EØS-RETT”, 2. utg. Oslo 2004 side 49

3.2 Vertikal direkte virkning

Vertikal direkte virkning foreligger ”når et [direktiv] er, direkte forpligtende for myndigheder og lignende i den vertikale relation mellom disse og de retsundergivne.”⁹⁸

Dette vil si at private som har rettigheter kan kreve disse overfor det offentlige, men det offentlige kan ikke kreve plikter av de private. Ordet stat i art. 249 EF skal fortolkes bredt. ”Kommuner og koncessionerede selskaber er omfattet af begrebet...”⁹⁹ I sag 103/88¹⁰⁰ definerte EF-domstolen også kommuneforvaltning som myndighet. Som jeg skal vise, skal det være vertikal direkte virkning for at direkte virkning kan oppfylles.

3.3 Horisontal direkte virkning

Horisontal direkte virkning ”angår den horisontale relation mellom borgerne/virksomhederne innbyrdes...”¹⁰¹ Dette dreier seg om at private kan bli pålagt plikter enten av det offentlige eller av andre private parter. For forordninger finnes det hittil kun få regler som er horisontalt anvendelige.¹⁰² Den første gang det skjedde var i 1975¹⁰³ jf Hjalte Rasmussen.¹⁰⁴ Forordninger gir derfor påviselig i visse tilfelle horisontal direkte virkning.

Når det kommer til spørsmålet om *direktivers* horisontale virkning kan dette aldri skje. Dette ble første gang framsatt som et obiter dictum i Marshall saken.¹⁰⁵ Dette ble stadfestet i Faccini Dori¹⁰⁶, hvor det i premiss 20 sies at ”... et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private, og at en direktivbestemmelse derfor ikke som sådan kan påberåbes

⁹⁸ Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen, ”EU RET”, 4.utg. København 2005 side 180

⁹⁹ Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen, ”EU RET”, 4.utg. København 2005 side 181

¹⁰⁰ Sag 103/88 Fratelli Costanzo SpA mod Milano kommune

¹⁰¹ Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen, ”EU RET”, 4.utg. København 2005 side 180

¹⁰² Rasmussen, Hjalte, ”EU-RET I KONTEKST”, 5.utg. København 2003 side 342

¹⁰³ Sag 43/75 Gabrielle Defrenne mod Société anonyme de navigation aérienne Sabena

¹⁰⁴ Rasmussen, Hjalte, ”EU-RET I KONTEKST”, 5.utg. København 2003 side 342

¹⁰⁵ Sag 152/84 M. H. Marshall mod Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)

¹⁰⁶ Sag C-91/92 Faccini Dori mod Recreb

over for sådanne personer.” Dette ble ytterligere slått fast i El Corte Inglés saken.¹⁰⁷, jf premiss 15.

Praksisen rundt direkte virkning har mottatt kritikk så vel fra den juridiske litteratur som av flere generaladvokater, når de har kommet med forslag til avgjørelser.¹⁰⁸ Kritikken bunner i at noen land implementerer direktiver som gir plikter til private. Andre land velger å ikke implementere disse, eller implementerer feil. Siden horisontal direkte virkning umuliggjør den direkte virkningen ved slike direktiver, får private større problemer med å påberope seg direktivet i disse landene. Da kan det lett oppstå disharmoni i lovverket blant medlemslandene.

Domstolen har avvist denne kritikken med begrunnelse i at det er medlemsstaten som er pliktsubjekt etter TEF art. 249. Samtidig som det ville være en utvidelse av Fellesskapets kompetanse til å skape forpliktelser for private i et tilfelle hvor man kun har kompetanse til å utstede forordninger.¹⁰⁹

3.4 Hvordan er dette for EØS?

Spørsmålet blir om EØS-retten krever direkte virkning i norsk rett. Som jeg har nevnt har og skal heller ikke EØS-retten være like overnasjonal som EU. Utgangspunktet er at EØS-avtalen er folkerettslig, men allikevel blir den noe mer. EØS art. 7 forutsetter at alle rettsakter må gjennomføres. Da EØS-avtalen ble utformet var det en klar forutsetning for EFTA-statene at direkte virkning ikke skulle være gjeldende her. Allikevel har noen ønsket at dette skulle gjennomføres. Andre ble bekymret etter Sveinbjörnsdottir-saken.¹¹⁰ Her gikk EFTA-domstolen og godkjente at Island var erstatningspliktig etter økonomisk tap en privat part hadde etter at landet ikke hadde gjennomført et direktiv.

¹⁰⁷ Sag C-192/94 El Corte Inglés SA mod Cristina Blázquez Rivero

¹⁰⁸ Sørensen, Karsten Engsig og Poul Runge Nielsen, "EU-RETTEN –forkortet udgave", 1.utg. København 2008 side 143

¹⁰⁹ Sag C-91/92 Faccini Dori mod Recreb Premiss 22 og 24

¹¹⁰ Sak E-9/97 Sveinbjörnsdottir mot Island

Dette var en meget kontroversiell dom som viser at også EØS-avtalen har en viss overnasjonal grad. At EØS-avtalen gir krav om direkte virkning ble allikevel bestemt avvist i Karlsson-saken.¹¹¹ Her står det i premiss 28 at ”It follows from Article 7EEA and Protocol 35 to the EEA Agreement that EEA law does not entail a transfer of legislative powers. Therefore, EEA law does not require that individuals and economic operators can rely directly on non-implemented EEA rules before national courts”.

Selv om EØS-avtalen ikke krever at EØS-reglene gis direkte virkning i nasjonal rett, kan det likevel legge føringer på hvilken reell virkning reglene skal ha i avtalepartenes interne rett.¹¹² EFTA har derfor i denne saken også rådet EFTA-landene til (fortsatt i premiss 28) ”At the same time, it is inherent in the general objective of the EEA Agreement of establishing a dynamic and homogeneous market, in the ensuing emphasis on the judicial defense and enforcement of the rights of individuals, as well as in the public international law principle of effectiveness, that national courts will consider any relevant element of EEA law, whether implemented or not, when interpreting national law.”

Prinsippet om direkte virkning har langt på vei sin parallell i norsk rett, i den forstand at EØS-retten i atskillig utstrekning kan påberopes som primært rettsgrunnlag for norske domstoler. Dette foregår gjennom presumsjonsprinsippet. Det er dermed tvilsomt om det kan sies å være noen stor forskjell mellom det som gjelder i norsk rett og det som EU krever av sine medlemsland. Allikevel er det ett unntak til dette, nemlig EF-domstolens prinsipp om fortrinnsrett.¹¹³ Man skal altså uansett alltid søke å finne harmoniserende løsninger.

¹¹¹ Sak E-4/01 Karlsson mot Island

¹¹² Sejerstad, Frederik...[et al.], ”EØS-RETT”, 2. utg. Oslo 2004 side 195

¹¹³ Arnesen, Finn og Are Stenvik, ”Internasjonalisering og metodeproblemer – særlig om EØS-rettens innvirkning på norsk rett”, Upublisert. Utkast 19.november 2008 side 16

4 Presumsjonsprinsippet

Både dansk¹¹⁴ og norsk rett er basert på dualisme. Selv om jeg allerede har nevnt at det danske rettsystem er på vei til å bli mer monistisk, anses rettsystemet fremdeles å være dualistisk. ”Etter det dualistiske systemet kan norsk rett og internasjonale regler egenlig ikke komme i konflikt med hverandre, for reglene fra det ene systemet kan ikke anvendes i det andre systemet.”¹¹⁵ Dette betyr at folkeretten kun kan bli en del av den nasjonale rett ved at den inkorporeres, typisk gjennom lovgivning.¹¹⁶ EU benytter den monistiske teori som går ut på at ”folkeret og national ret (er) et sammenhengende retssystem.”¹¹⁷ Siden EU benytter seg av den monistiske teori, har dette ført til en ”opblødning”¹¹⁸ av den dualistiske teori i Danmark.

En ting som gjør at den dualistiske teori ikke står like sterk i dag er presumsjonsprinsippet. Dette er et prinsipp som blir brukt i det norske fortolkningssystemet. Presumsjonsprinsippet vil si at ”man ved tolkningen av norske rettsregler skal forsøke å unngå tolkningsresultater som fører til konflikt med folkerettslige regler.”¹¹⁹ Utgangspunktet er altså at ved dualismen i tilfelle konflikt, skal norsk lov gis forrang. Presumsjonsprinsippet gir dog mulighet for å tolke i samsvar med folkerettslige regler. Prinsippet er altså et tolkningsprinsipp og ikke et kollisjonsprinsipp. Presumsjonsprinsippet har vært mye diskutert og problemstillingen har dreid seg om hvor langt prinsippet kan rekke. En folkerettslig regel som er blitt transformert til norsk lov, vil ha samme stilling som en hvilken som helst annen norsk lov. Et eksempel på dette er EØS-loven som gir EØS-avtalen lik stilling som andre lover. EØS-avtalen skal gå foran andre lover ved tvisttilfelle.

¹¹⁴ Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø, ”RETSKILDER OG RETSTEORIER”, 1.utg. København 2005 side 142

¹¹⁵ Boe, Erik, ”INNFØRING I JUSS”, 3.opplag. Oslo 2001 side 324

¹¹⁶ Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø, ”RETSKILDER OG RETSTEORIER”, 1.utg. København 2005 side 142

¹¹⁷ Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø, ”RETSKILDER OG RETSTEORIER”, 1.utg. København 2005 side 142

¹¹⁸ Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø, ”RETSKILDER OG RETSTEORIER”, 1.utg. København 2005 side 144

¹¹⁹ Ruud, Morten og Geir Ulfstein, ”Innføring i Folkerett”, 2. utg. Oslo 2002 side 23

Presumsjonsprinsippet kan også sies å være lovfestet i EØS-avtalen pga lojalitetsplikten i avtalens art. 3.¹²⁰

Historien i norsk Høyesterettspraksis viser imidlertid at Høyesterett har satt strenge krav til presumsjonsprinsippet. I Bølgepapp I-kjennelsen¹²¹ ble det ved enstemmighet bestemt at (på side 616 og 617) ”For at en norsk domstol skal ha grunnlag for å fravike det som følger av nasjonale prosessregler, må den avvikende regel som kan bygges på folkerettslige kilder, fremtre som tilstrekkelig klar og entydig til at den bør tillegges en slik virkning.” Dommen er blitt kritisert.¹²²

I Rest-Jugoslavia-saken¹²³ går førstvoterende videre fra Bølgepapp I-saken og sier på side 971 at det ville vært i strid med ordlyden i menneskerettsloven, samt med Justiskomiteéns uttalelse dersom domstolene skulle operere ut fra et krav om at reglen skal være tilstrekkelig klar og entydig før man kan sette en norsk regel til side. Dette er det motsatte av hva man kom fram til i Bølgepapp I-kjennelsen. Men førstvoterende var i mindretall. Flertallet mente det ikke var nødvendig eller ønskelig å markere avstand fra det som var sagt i Bølgepapp I-kjennelsen.

Vendepunktet kom i Bøhler-saken.¹²⁴ Dette er en enstemmig plenumsdom hvor det på side 1007 står følgende; ” ... Spørsmålet om det foreligger motstrid mellom en inkorporert konvensjonsbestemmelse og annen norsk rett, slik at konvensjonsbestemmelsen må gå foran, kan ikke løses ved hjelp av et generelt prinsipp, men må bero på en nærmere tolkning av de aktuelle rettsregler.” Det viktigste man kan få ut av dette er at Høyesterett viser større vilje til å la folkeretten gå foran og folkeretten trenger ikke være tilstrekkelig klar og presis.¹²⁵ Uttalelsen har også fått støtte i Dobbeltraff I-kjennelsen.¹²⁶ Dette er også

¹²⁰ Veggeland, Frode, ”EØS, folkerett og maktfordeling: Høyesteretts dom i *Finanger saken*”, Norsk statsvitenskapelige tidsskrift nr 4 2002 side 336

¹²¹ Rt. 1994:610

¹²² Hov Jo, ”Rettergang I”, Oslo 2007 side 98

¹²³ Rt. 1999:961

¹²⁴ Rt. 2000:996

¹²⁵ Eckhoff, Torstein, ”RETTSKILDELÆRE”, 5.utg. Oslo 2001 side 332

en plenumsavgjørelse hvor førstvoterende på side 565 slutter seg til synspunktet i Bøhler-saken.

Disse sakene handler om hvordan menneskerettighetsloven skal fortolkes inn i norsk rett. De er likevel relevante fordi ...”de *grunnleggende normene* for forholdet mellom norsk og internasjonal rett er ens.”¹²⁷ Man kan derfor ta høyde for at tilsvarende problemer kan komme med hensyn til tolkningen av EØS-avtalen. Dommene kan derfor også vise hvor langt presumsjonsprinsippet rekker ved motstrid mellom norsk lov og EØS-reglene.

5 Direktivkonform fortolkning (indirekte virkning eller EU-konform fortolkning)

Grunnen til at jeg har skrevet såpass mye om direkte virkning er at når man ikke kan bruke direkte virkning skal man se om man kan bruke direktivkonform fortolkning.

Direktivkonform fortolkning vil derfor særlig være relevant hvor direktivet er såpass uklart at direkte virkning ikke kan anvendes. Men allikevel må den være klar nok til at medlemsstatene forstår målsetningen for direktivet.¹²⁸ Videre som vi skal se, er prinsippet også relevant hvor direkte virkning ikke er mulig når et direktiv gir private plikter (altså horisontal direkte virkning).¹²⁹

¹²⁶ Rt. 2002:557

¹²⁷ Arnesen, Finn og Are Stenvik, ”Internasjonalisering og metodeproblemer – særlig om EØS-rettens innvirkning på norsk rett”, Upublisert. Utkast 19.november 2008 side 6

¹²⁸ Sørensen, Karsten Engsig og Poul Runge Nielsen, ”EU-RETTE – forkortet udgave”, 1.utg. København 2008 side 154

¹²⁹ Sørensen, Karsten Engsig og Poul Runge Nielsen, ”EU-RETTE – forkortet udgave”, 1.utg. København 2008 side 154

EF-domstolen har som nevnt opprettet prinsippet om direkte virkning og prinsippet om forrang. Begrunnelsen har vært ønsket om effektivitet og harmonisering. Allikevel har prinsippet ikke vært nok til å oppnå målet. Det har blant annet kommet fram at horisontal effekt ikke er mulig. For å bøte på dette har EF-domstolen foretatt tre grep. To av grepene vil ikke bli ytterligere drøftet. Det ene er at det ble innført en vid tolkning av hva som er offentlige organer, som resulterte i utvidelse av den vertikale direkte virkning. Et annet grep som ble gjort var å lage en erstatningsregel som sier at nasjonale myndigheter kan bli erstatningsansvarlige for tap borgerne lider på grunn av manglende gjennomføring av et direktiv.¹³⁰ Et eksempel på dette i norsk sammenheng er Finanger II dommen.¹³¹

EF-domstolen har også, som det tredje grep, utledet prinsippet om direktivkonform fortolkning. Direktivkonform fortolkning ”er en plikt, hvis formål er at sikre, at national ret kommer mest mulig i overensstemmelse med de tilsigtede retsvirkninger af den bagved liggende direktivregel – i situationer hvor der ikke er direkte virkninger.”¹³² Dette betyr at det er den nasjonale domstolen som skal tolke direktivkonformt ut fra nasjonale tolkningsregler. Videre får direktivkonform fortolkning den virkning at på tross av at private ikke har rett til å påberope seg en EU-regel, kan de pga plikten til direktivkonform fortolkning allikevel oppnå en rettsstilling som er i overensstemmelse med EU-reglene, selv om dette ikke er i overensstemmelse med det nasjonale lovverk.¹³³

Rettsgrunnlaget EF-domstolen har brukt for å begrunne prinsippet om direktivkonform fortolkning, er art. 10 EF og art. 249 stk 3 EF. Sistnevnte omhandler direktiver. Utgangspunktet synes derfor som om prinsippet om direktivkonform fortolkning kun kan benyttes vedrørende direktiver. Men siden domstolen også henviser til art. 10 EF betyr dette at plikten til direktivkonform fortolkning kan knyttes til en hvilken som helst rettsakt.¹³⁴

¹³⁰ [www.studenttorget.no/filer/Jus - EUs Institusjoner og EOSEF retten.pdf](http://www.studenttorget.no/filer/Jus_-_EUs_Institusjoner_og_EOSEF_rettten.pdf) side 6 [Sisert 07.10.09]

¹³¹ Rt. 2005:1365

¹³² Rasmussen, Hjalte, ”EU-retlig domssamling” 2.utg. København 2004 side 351

¹³³ Sørensen, Karsten Engsig og Poul Runge Nielsen, ”EU-RETTEN – forkortet udgave”, 1.utg. København 2008 side 152

¹³⁴ Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen, ”EU RET”, 4.utg. København 2005 side 192

5.1 von Colson saken

Prinsippet om direktivkonform fortolkning ble utledet i von Colson saken.¹³⁵ Saken gjaldt kjønnsdiskriminering hvor to kvinner hadde søkt på en stilling i et fengsel.

Fengselsmyndighetene foretrakk mannlige ansatte, selv om disse var mindre kvalifiserte. Kvinnene gikk så til sak, og den tyske retten mente at de kun hadde krav på erstatning for den negative kontraktsinteressen. Tvisten gjaldt da en sak en privat part anlegger mot det offentlige. Den tyske domstolen ba EF-domstolen komme med et svar med hensyn til hvilken vekt det direktivet fengselsmyndighetene hadde brutt, og som ikke var tilstrekkelig klart nok til å kunne ha direkte virkning, skulle ha. EF-domstolen kom fram i plenum (11 av 11 dommere) til det følgende i premiss 26; ”Imidlertid skal det fastslås, at den plikt for medlemsstaterne, der følger af et direktiv, til at virkeliggøre dets mål, og pligten i medfør af traktatens artikkel 5 (nå artikkel 14 min parentes) til at træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger til at sikre opfyldelsen af denne pligt, påhviler alle myndighederne i medlemsstaterne, herunder også domstolene inden for deres kompetance. Heraf følger, at ved anvendelsen af national ret, især af bestemmelserne i en national lov, der særligt er vedtaget for at gennemføre direktiv 76/207, er den nationale domstol forpligtet til at fortolke intern ret i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det resultat, der tilstræbes ved traktatens artikkel 189, stk 3.” Videre sier domstolen i premiss 28 at ”Det tilkommer den nationale domstol, under fuld anvendelse af det skøn, den råder over i henhold til national ret, at fortolke og anvende loven om gennemførelse af direktivet i overensstemmelse med fællesskabsrettens krav.”

Ut fra dette kan man utlede to viktige ting. Domstolen skal ikke gå utover sin egen kompetanse når den skal benytte seg av direktivkonform fortolkning. Den skal anvende det fortolkningsskjønn som finnes i det enkelte lands rett. Det er altså domstolen selv som vet hvor langt dette skal gå. Det er derfor opp til de nasjonale domstoler å avgjøre om man kan

¹³⁵ Sag 14/83 von Colson mod Land Nordrhein-Westfalen

og skal benytte seg av direktivkonform fortolkning. EF-domstolen vil nemlig ikke blande seg inn i det spørsmålet.¹³⁶

Den andre viktige tingen er at direktivkonform fortolkning særlig gjelder der den nasjonale lov har prøvd å implementere et direktiv. Hartley¹³⁷ (blant mange) støtter dette og sier at ”This is an entirely reasonable requirement. If legislation is passed to implement a directive, it may be assumed that the national legislature intended the legislation to give full effect to the directive and it is right that it should be interpreted with this in mind.”

5.2 Marleasing-saken

Det har siden von Colson saken kommet mange dommer vedrørende direktivkonform fortolkning. Den neste jeg ønsker å ta opp er den såkalte Marleasing-saken.¹³⁸ Saken gjaldt om kreditorer kunne ugyldiggjøre stiftelsen av et aksjeselskap med henvisning til proforma. Man kunne etter spansk lovgivning gjøre dette, men det direktivet fra EU som var gjeldende på området, hadde kommet med en uttømmende liste over hvordan et aksjeselskap kan bli erklært for ugyldig. Proforma var ikke nevnt på listen. Ut fra dette ble spørsmålet som EF-domstolen skulle ta stilling til om et direktiv som gjaldt mellom to private parter og som ikke var implementert av den spanske retten skulle få direkte virkning. Dette ble raskt i premiss 6 avslått av Domstolen med henvisning til den overnevnte Marshall- saken.¹³⁹ EF-domstolen gikk deretter inn i drøftelse om man her kunne benytte seg av direktivkonform fortolkning. Domstolen kom i premiss 8 fram til at uansett om den nasjonale lov er eldre eller yngre enn direktivet er den nasjonale domstol ”forpliktet til at fortolke dem i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det

¹³⁶ Sørensen, Karsten Engsig og Poul Runge Nielsen, ”EU-RETTE – forkortet udgave”, 1.utg. København 2008 side 155

¹³⁷ Hartley, TC, ”THE FOUNDATIONS OF EUROPEAN COMMUNITY LAW”, sixth edition. Oxford 2007 side 217

¹³⁸ Sag C-106/89 Marleasing mod Comercial Internacional de Alimentacion

¹³⁹ Sag 152/84 M. H. Marshall mod Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)

med direktivet tilsigtede resultat.” Dette betyr at også der hvor en nasjonal stat ikke har implementert og heller ikke har prøvd å implementere et direktiv, skal man benytte seg av direktivkonform fortolkning.

I premiss 9 i dommen blir det anført at ”heraf følger, at kravet om fortolkning af national ret i overensstemmelse med artikel 11 i direktiv 68/151 udelukker en fortolkning af nationale lovbestemmelser vedrørende aktieselskaber, der medfører, at et aktieselskab kan erklæres ugyldig af andre grunde end de i direktivets artikel 11 opregnede.”

Med dette tyder det på at EF-domstolen har ment at den spanske domstol under en hver omstendighet skal bortfortolke muligheten den kunne hatt til å erklære et selskap for ugyldig ut fra proforma. Dette vil igjen da innebære at det nasjonale skjønn med hensyn til fortolkning blir satt helt til side og at det ikke vil være noen grenser for når forpliktelsen til direktivkonform fortolkning skal opphøre.¹⁴⁰

Dommen har møtt mye kritikk og vært mye diskutert i litteraturen. Steiner et al¹⁴¹ skriver at ”given that in *Marleasing* no legislation had been passed, either before or after the issuing of the directive, to comply with the directive, and given the ECJ’s suggestion that the Spanish court must nonetheless strive to interpret domestic law to comply with the directive, it seems that , according to the ECJ, it is not necessary to the application of the *von Colson* principle that the relevant national measure should have been introduced for the purpose of complying with the directive, nor even that a national measure should have been specifically introduced at all.” Dette begrunnes med at domstolen i von Colson-saken begrenset direktivkonform fortolkning til å ligge innenfor den konkrete nasjons fortolkningsprinsipper, jf premiss 28- fortolkningen ”så vidt mulig”. Denne formuleringen eller en henvisning til denne formuleringen finnes ikke i *Marleasing*-saken. ”Så vidt mulig” skal altså ikke eksistere lenger, man skal alltid fortolke direktivkonformt.

¹⁴⁰ Sørensen, Karsten Engsig og Poul Runge Nielsen, ”*EU-RETTE* – forkortet udgave”, 1.utg. København 2008 side 155

¹⁴¹ Steiner, Josephine, Lorna Woods og Christian Twigg-Flesner, ”*EU Law*”, ninth edition. Oxford 2006 side 109

Et av de viktigste momentene kritikken til dommen gikk ut på, var at man på denne måten gikk bakveien inn for allikevel å ha horisontal effekt mellom private parter. Dette ble som tidligere nevnt avvist i obiter dictumet i Marshall-saken. Hartley¹⁴² har skrevet at "this, however would no longer constitute interpretation –it would create horizontal direct effect under another name." Rasmussen¹⁴³ er enig i at dette ville være ensbetydende med en horisontal effekt. Rasmussen¹⁴⁴ mener også at det neppe skyldtes en feil at "så vidt mulig" falt ut av Marleasing- saken. Han mener det er uunngåelig å konkludere med at EF-domstolen ville gjøre det til en plikt for de nasjonale domstoler å fortolke direktivkonformt, dette også om en fortolkning contra legem skulle være nødvendig.¹⁴⁵

5.3 Dori-saken

Så kom Dori-saken¹⁴⁶. Saken gjaldt en italiensk kvinne som hadde kjøpt et brevkurs på kreditt ved en jernbanestasjon i Italia. I et direktiv, som Italia ikke hadde implementert, var angrefristen for kjøp utenfor fast forretningssted sju dager. Dori angret innenfor denne tidsfristen, men kreditor krevde at hun allikevel skulle betale, da direktivet ikke var gjeldene i italiensk rett. Også her kom plenumsdommen (13 dommere ut av 13 mulige) raskt fram til at selv om direktivet er tilstrekkelig klart og presist, dreier saken seg om to private parter, og en privat part kan ikke bli tillagt plikter gjennom direkte horisontal virkning. Det viktigste med denne dommen er at den i premiss 26 korrigerer Marleasing-saken ved å atter ta inn kravet om "så vidt mulig", jf ordene "inden for deres [altså de nasjonale domstolenes] kompetence. Private kan derfor ikke pålegges plikter med mindre det foreligger fortolkningsmomenter som etter de nasjonale fortolkningsprinsipper tillater dette. Dermed følger plikten til direktivkonform fortolkning igjen av nasjonal rett og ikke

¹⁴² Sionaidh, Douglas –Scott, "Constitutional Law of the European Union", First edition. Essex 2002 side 305

¹⁴³ Rasmussen, Hjalte, "EU-RET I KONTEKST", 5.utg. København 2003 side 346

¹⁴⁴ Rasmussen, Hjalte, "EU-retlig domssamling" 2.utg. København 2004 side 131

¹⁴⁵ Rasmussen, Hjalte, "EU-retlig domssamling" 2.utg. København 2004 side 131

¹⁴⁶ Sag C-91/92 Faccini Dori mod Recreb

av EU-retten. Doktrinen om direktivers manglende horisontaleffekt er derfor opprettholdt. EF-domstolen krever allikevel at de nasjonale domstoler skal gjøre mye for å sikre en direktivkonform fortolkning. For private kan det nok tidvis virke som de utsettes for en horisontal effekt, og derfor vil man i mange saker strides om hvor grensen mellom direktivkonform fortolkning og horisontal effekt egentlig ligger.¹⁴⁷

Dommen opprettholder i premiss 26 det Marleasing sa; at uansett om den nasjonale lovgivningen er eldre eller nyere enn direktivet, plikter domstolen å tolke direktivkonformt. Også andre dommer har bygd på von Colson- og Dori-sakene. Et eksempel er Miret-saken¹⁴⁸ som sier i premiss 20 at domstolene er forpliktet til å direktivkonformt fortolke i videst mulig omfang.

5.4 Hvor vidt går prinsippet om direktivkonform fortolkning?

Som nevnt i de EF-domstolsakene jeg har omhandlet, er man forpliktet til å fortolke i videst mulig omfang. Hvor langt man skal tolke ble stadfestet i Adeneler-saken.¹⁴⁹ EF-domstolen anerkjente her at det ikke var noen plikt til å fortolke nasjonal rett *contra legem* (det vil si mot sin ordlyd).¹⁵⁰ Men innebefatter *contra legem* som en del av de nasjonale fortolkningsprinsipper, har man allikevel plikt til å gjøre dette for å oppnå et direktivkonformt resultat.¹⁵¹ Saken stiller også krav til de nasjonale domstolene ved at den i premiss 111 sier at den nasjonale domstol skal gjøre alt ...”hvad der henhører under deres kompetence – idet de tager den nationale lovgivning i dens helhed i betragtning, og ved anvendelsen af fortolkningsmetoder, der er anerkendt i denne ret –for at sikre den fulde virkning af direktivet.”

¹⁴⁷ Sørensen, Karsten Engsig og Poul Runge Nielsen, *”EU-RETTEN – forkortet udgave”*, 1.utg. København 2008 side 156

¹⁴⁸ Sag C-334/92 Teodoro Wagner Miret mod Fondo de garantía salarial

¹⁴⁹ Sag C-212/04 Konstantinos Adeneler m.fl. mod Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)

¹⁵⁰ Olsen, Birgitte Egelund og Karsten Engsig Sørensen, *”EUROPÆISERINGS AF DANSK RET”*, 1.utg. København 2008 side 321

¹⁵¹ Olsen, Birgitte Egelund og Karsten Engsig Sørensen, *”EUROPÆISERINGS AF DANSK RET”*, 1.utg. København 2008 side 322

5.5 Tidspunktet for plikt til direktivkonform fortolkning

I en del år ble det også diskutert om plikten til direktivkonform fortolkning oppstår før tidsfristen til å implementere et direktiv.¹⁵² I Adeneler-saken¹⁵³ har svaret kommet i premiss 115 hvor domstolen slår fast at plikten til direktivkonform fortolkning først foreligger fra tidspunktet hvor tidsfristen til å implementere direktivet er utløpt. Plikten oppstår altså ikke med det samme direktivet blir publisert. Før denne datoen er de nasjonale domstoler kun forpliktet til å følge kravene som er blitt oppstilt i sak C-129/96.¹⁵⁴ Denne saken¹⁵⁵ forklarer at når et direktiv er publisert men man fortsatt ikke er kommet fram til gjennomføring, skal “afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der kan bringe virkeliggørelsen af det i direktivet foreskrevne resultat i alvorlig fare.”¹⁵⁶ Dommen sier videre i premiss 47 at det er de nasjonale domstolenes ansvar å undersøke om “... de pågældende bestemmelser framtræder som en fulstændig gennemførelse af direktivet, dels undersøge de konkrete virkninger af, at de direktivstridige bestemmelser anvendes, og virkningerne af deres tidsmæssige varighet.” Dette skal gjøres slik at implementeringen av direktivet når sin angitte tidsfrist og at det ikke blir gjennomført feil ved implementeringen. Tilsvarende ble gjentatt i Adeneler-saken i premiss 123. Også de danske domstolene synes å sette tidspunktet til implementeringsfristen.¹⁵⁷

5.6 Direktivkonform fortolkning i straffesaker?

Resultatet av direktivkonform fortolkning kan bli at private pålegges plikter, jf eksempelvis Dori-saken. Dog har EF-domstolen lagt noen innskrenkninger her ved at den nasjonale fortolkningen skal respektere de alminnelige rettsprinsippene som er en del av EU-retten. Dette gjelder særlig rettssikkerhetsprinsippet og forbud om lovers tilbakevirkende kraft.

¹⁵² Hartley, TC, “*THE FOUNDATIONS OF EUROPEAN COMMUNITY LAW*”, Sixth edition. Oxford 2007 side 219

¹⁵³ Sag C-212/04 Konstantinos Adeneler m.fl. mod Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)

¹⁵⁴ Hartley, TC, “*THE FOUNDATIONS OF EUROPEAN COMMUNITY LAW*”, Sixth edition. Oxford 2007 side 219

¹⁵⁵ Sag C-129/96 Inter-Environment Wallonie ASBL mod Règon wallonne

¹⁵⁶ Sag C-129/96 Inter-Environment Wallonie ASBL mod Règon wallonne. Premiss 45

¹⁵⁷ Olsen, Birgitte Egelund og Karsten Engsig Sørensen, “*EUROPÆISEREN AF DANSK RET*”, 1.utg. København 2008 side 316

Selv om plikten til direktivkonform fortolkning som nevnt kan gi plikter til private, kan det ikke føre til at private pålegges et straffeansvar eller et skjerpet straffeansvar.¹⁵⁸ Dette kom tydelig fram i Kolpinghuis- saken¹⁵⁹ i premiss 14. Straffesager mod X¹⁶⁰ viser til Kolpinghuissaken, hvor det i premiss 24 står at plikten til direktivkonform fortolkning begrenses når resultatet av en slik fortolkning vil bli at man avgrenser eller skjerper straffansvaret for personer som har overtrådt direktivets bestemmelser. Til tross for dette mener Hartley¹⁶¹ at det skal være plikt til direktivkonform fortolkning når et direktiv har horisontal effekt og fortolkningen vil gi en fordel for tiltalte.

5.7 Grense mellom direktivkonform fortolkning og horisontal effekt

Det kan se ut som om EF-domstolen i Marleasing-saken prøvde å kreve at domstolene skulle tolke i samsvar med EU-retten uten å ta hensyn til nasjonale fortolkningsprinsipper. Dette kunne være en bakvei for å oppnå horisontal effekt. Som jeg har fortalt ble denne dommen korrigert. Likevel er grensen for direktivkonform fortolkning og horisontal effekt flytende, og private parter kan få plikter. Denne flytende overgangen ble også vist i Pfeiffer-saken¹⁶² som gjaldt arbeidstid. Medarbeidere i tyske Røde Kors ville undersøke om deres arbeidstidsdefinisjon var i strid med et direktiv. De ønsket overtidsbetaling for de timene som hadde oversteget 48 timer i uken. Den tyske lovgivningen var i strid med direktivet, og partene var begge private. Direktivet skulle også sikre de private rettigheter og plikter. Det fremkommer i premiss 111 og 112 at det er de nasjonales ansvar å sikre borgernes rettsbeskyttelse. Dette gjelder særlig når et direktiv har som formål å beskytte private rettigheter (dette dreier seg da om direktivkonform fortolkning). I premiss 115 fremgår det videre at ”Såfremt det princip om ensartet fortolkning af national lovgivning, der således er pålagt ved fællesskabsretten, i højeste grad vedrører nationale bestemmelser,

¹⁵⁸ Sørensen, Karsten Engsig og Poul Runge Nielsen, *”EU-RETTE – forkortet udgave”*, 1.utg. København 2008 side 156 og 157

¹⁵⁹ Sag 80/86 Straffesag mod Kolpinghuis Nijmegen BV

¹⁶⁰ Forenede sager C-74/95 og C-129/95 Straffesager mod X

¹⁶¹ Hartley, TC, *”THE FOUNDATIONS OF EUROPEAN COMMUNITY LAW”*, sixth edition. Oxford 2007 side 220

¹⁶² Forenede sager C-397/01 – C-403/01 Bernhard Pfeiffer m.fl. mod Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV

der vedtages for at gjennomføre det pågældende direktiv, er princippet imidlertid ikke begrenset til fortolkningen af disse bestemmelser, men kræver, at den nationale domstol tager den nationale lovgivning i dens helhed i betraktning for at vurdere, i hvilket omfang denne lovgivning kan anvendes således, at den ikke fører til et resultat, der er i modstrid med det, der tilsigtes med direktivet.”

Dette betyr at den nasjonale domstol virkelig skal gjøre alt som står i sin makt for å fortolke ut fra EU-rettens synspunkter. Steiner et. al.¹⁶³ sier at en nasjonal domstol må gjøre alt som står innenfor deres juridiske rekkevidde for å fortolke i samsvar med EU-retten. ”The ECJ did not go so far as to state expressly that existing case law might have to be reviewed to ensure such compliance, but the force of its reasoning appears to point in that direction. On the facts of the case, the outcome would be very close to allowing the individuals to invoke the direct effect of the directive against their employer.”¹⁶⁴

5.8 Direktivkonform fortolkning for Norge?

EØS-avtalen art. 3 tilsvarer art. 10 EF, som gjelder for EU. Som jeg allerede har nevnt har de fleste avgjørelsene fra EF-domstolen relevans også for oss. Dette begrunnes ut fra EØS art. 6 og ODA art. 3 nr 2. Ut fra dette kan man si at prinsippet om direktivkonform tolking, som er utledet av EF-domstolen også gjelder for medlemslandene i EØS.¹⁶⁵ Sejersted et. al.¹⁶⁶ sier at prinsippet om direktivkonform fortolkning ikke har vært oppe til vurdering av EFTA-domstolen. Spørsmålet om prinsippet også gjelder for EFTA- landene har altså ikke vært behandlet.

¹⁶³ Steiner, Josephine, Lorna Woods og Christian Twigg-Flesner, ”*EU Law*”, ninth edition. Oxford 2006 side 110. Forfatterne henviser her til feil EF-domstol sak.

¹⁶⁴ Steiner, Josephine, Lorna Woods og Christian Twigg-Flesner, ”*EU Law*”, ninth edition. Oxford 2006 side 110. Forfatterne henviser her til feil EF-domstol sak.

¹⁶⁵ Skjerven, Espen, ”*Bilansvarsloven § 7 og EØS-rett: noen kommentarer etter Finanger-saken*”, Lov og Rett nr 6 2001 side 370

¹⁶⁶ Sejerstad, Frederik...[et al.], ”*EØS-RETT*”, 2. utg. Oslo 2004 side 193-194

I *Finanger I-saken*¹⁶⁷ sammenstiller førstvoterende på side 1829 prinsippet om direktivkonform fortolkning og presumsjonsprinsippet. Dommer Flock mener her at det ikke er ”holdepunkter for at prinsippet om direktivkonform fortolkning slik det er utviklet i EU-retten, går lenger enn presumsjonsprinsippet i norsk rett.” På side 1831 uttalte flertallet også ”at det neppe var forskjell i rekkevidden mellom et slikt presumsjonsprinsipp etter norsk rett og EF-domstolens lære om nasjonal forpliktelse til direktivkonform fortolkning.”¹⁶⁸ Dermed kan man si at presumsjonsprinsippet og prinsippet om direktivkonform fortolkning er sidestilt og at siden Norge benytter seg av presumsjonsprinsippet, har Norge også plikt til å fortolke direktivkonformt.

5.9 Direktivkonform fortolkning i dansk og norsk rettspraksis

Da problemstillingen om direktivkonform fortolkning har vært mer diskutert i dansk rettspraksis enn i den norske, vil jeg først se på hvordan de danske domstolene føler seg forpliktet til denne fortolkningen. Deretter vil jeg se på den norske Høyesterett for å identifisere forskjeller og likheter mellom landene. I Norge har det kun vært én dom (*Finanger I-dommen*¹⁶⁹) som omhandler direktivkonform fortolkning. Jeg kommer derfor kun til å skrive om denne av norske dommer.

Før jeg begynner vil jeg kort nevne at de danske domstolene ikke begrunner sine dommer på lik måte som vi gjør her til lands. Dommene synes generelt å være mye kortere. ”I Danmark er domsgrunnene langt knappere og mindre opplysende enn hos oss. Særlig er det forskjell på Høyesterettsdommer hvor de enkelte dommere gir individuelle begrunnelser hos oss, mens de derimot gir felles begrunnelser i Danmark.”¹⁷⁰ Selv om jeg ikke har kunnet få dette bekreftet i den danske rettslitteratur, sier jeg meg enig i det Eckhoff skriver, basert på at jeg har lest en del danske dommer som passer med Eckhoffs

¹⁶⁷ Rt. 2000:1811

¹⁶⁸ Sejerstad, Frederik...[et al.], ”*EØS-RETT*”, 2. utg. Oslo 2004 side 196

¹⁶⁹ Rt. 2000:1811

¹⁷⁰ Eckhoff, Torstein, ”*RETTSKILDELÆRE*”, 5.utg. Oslo 2001 side 157

beskrivelse. Analyse av de danske dommene vil derfor bli adskillig kortere enn analysen av Finanger I-dommen. Jeg har også sett meg nødt til å benytte noen dommer fra landsretten (tilsvarende vår lagmannsrett) for å kunne vise hvordan de benytter seg av direktivkonform fortolkning i Danmark.

5.10 Danske dommer

Før jeg går inn på konkrete dommer vil jeg bare kort nevnte at i den danske rettslitteratur er det uenighet i hvor langt de danske domstoler skal gå for å sikre konformitet.¹⁷¹ Walsøe mener at direktivkonform fortolkning går for vidt hvis den bidrar til å fjerne en rimelig klar motstrid.¹⁷² Ruth Nielsen mener at all motstrid bør bortfortolkes.¹⁷³ Egelund Olsen og Engsig Sørensen¹⁷⁴ mener at bortsett fra tilfeller hvor ordlyden gjør det umulig å fortolke direktivkonformt, vil de danske domstolene normalt benytte seg av plikten. De mener også at det ikke kan utelukkes at om det finnes klare holdepunkter i forarbeidene for en konkret fortolkning av loven, kan domstolene også kunne avstå fra plikten til direktivkonform fortolkning.

5.10.1 Dommer hvor den danske domstol har fortolket direktivkonformt

Jeg vil nå komme med noen eksempler hvor den danske domstol har fortolket direktivkonformt.

5.10.1.1 U.1990.72.H.

Saken dreide seg om en person (Henriksen) som leide ut noen garasjer. Han bodde selv ikke i borettslaget garasjene var tilknyttet. Spørsmålet var om han skulle betale moms for

¹⁷¹ Thomsen, Henrik Gjerluf, "Anvendelse af direktivstridige regler", Specialeafhandling 2007 www.jura.av.dk/filadmin/site_files/filer_jura/dokumenter/forskning/rettid/2007/afh4.pdf side 34

¹⁷² Walsøe, Per, "Om EF-direktiver" I Juridiske Afhandlinger Ugeskrift for Retsvæsen 1991 B. Side 23

¹⁷³ Thomsen, Henrik Gjerluf, "Anvendelse af direktivstridige regler", Specialeafhandling 2007 www.jura.av.dk/filadmin/site_files/filer_jura/dokumenter/forskning/rettid/2007/afh4.pdf side 34

¹⁷⁴ Olsen, Birgitte Egelund og Karsten Engsig Sørensen, "EUROPÆISERINGS AF DANSK RET", 1.utg. København 2008 side 326

inntekten av dette. I direktivet som omhandler denne type problemstilling (Det europeiske økonomiske Fællesskabs råds sjette direktiv af 17.maj 1977 om harmonisering af medlemstaternes lovgivning om omsætningsafgifter (6.moms direktiv)) kommer det fram i afsnitt X art 13 B, litra 6 at utleie av fast eiendom er fratatt moms, med unntak av "Udlejning af pladser til parkering af køretøjer."¹⁷⁵ Danmark hadde i forbindelse med dette direktivet endret sitt lovverk ved lov nr 204 af 10. maj 1978 slik at utleie av parkeringsplasser ble avgiftspliktig, jf den danske merværdiafgiftsloven § 2, stk 3, punkt h, 1 og 2 pkt. Derimot skulle utleie av fast eiendom ikke være avgiftspliktig. Henriksen gjorde gjeldende at garasjer ikke kunne sidestilles med en parkeringsplass som bestod av et areal i friluft. Ut fra en språklig forståelse skulle han derfor være fritatt for å betale moms. Saksøkte (ministeriet for skatter og avgifter) mente at garasje skulle sidestilles med utleie av en parkeringsplass.¹⁷⁶ Østre Landsrett (tilsvarer vår lagmannsrett), mente at etter ordlyden i direktivet var det ikke tvil om at Henriksen hadde rett. Østre Landsrett støtter seg også på den danske lovgivning hvor garasje etter en naturlig ordfortolkning ikke kunne sidestilles med "parkeringsplass." Henriksen fikk derfor medhold.

Ministeriet for skatter og avgifter anket til Højesterett. Før saken ble avgjort ble EF-domstolen rådført for å gi en prejudisiell avgjørelse med hensyn til hvordan direktivet skal fortolkes. I den prejudisielle avgjørelsen¹⁷⁷ ble det i premiss 17 fastslått at parkeringsplasser omfatter ethvert areal som er bestemt til parkering av motorvogner, herunder også lukkede garasjer. Direktivet var altså til hinder for at Danmark kunne innføre momsfritakelse når det kun dreide seg om utleie av parkeringsplasser.¹⁷⁸

Etter denne prejudisielle avgjørelse valgte den danske Høyesterett å tolke i samsvar med EU-retten (altså direktivkonformt), ved at de i sin konklusjon skriver på side 74 "Efter EF-domstolens præjudicielle afgørelse er udlejning af garager ifølge art. 13 B, litra b) i 6. momsdirektiv afgiftspliktig, med mindre udlejningen sker i nær tilknytning til en afgiftsfri

¹⁷⁵ U.1990.72.H side 72

¹⁷⁶ U.1990.72.H side 73

¹⁷⁷ Sag 173/88 Skatteministeriet mod Henriksen

¹⁷⁸ Thomsen, Henrik Gjerluf, "Anvendelse af direktivstridige regler", Specialeafhandling 2007 www.jura.av.dk/filadmin/site_files/filer_jura/dokumenter/forskning/rettid/2007/afh4.pdf side 36

udlejning af fast eiendom, der er bestemt til anden brug. Efter ordlyden, formålet og forarbejdene må merværdiafgiftslovens § 2, stk 3, pkt. h. forstås på samme måde.” Siden domstolen tok med ordlyd, forarbeider og formålet med den danske lov i sin domsbegrunnelse, viser dette at grunnen til at de tolker direktivkonformt her, er at det har vært hensikten til den danske lovgiver at merværdiafgiftsloven § 2 skulle være i samsvar med direktivet.

Denne saken dreier seg om en privat part og en offentlig part, hvor den private part fikk plikter etter et EU direktiv. Dette er da et eksempel på at linjen mellom horisontal effekt og direktivkonform fortolkning er tynn. I den danske retspraksis finnes det flere saker hvor plikten til direktivkonform fortolkning har pålagt private plikter, eller som i hvert fall fører til et ugunstig resultat for private.¹⁷⁹

5.10.1.2 U.1999.1429.V

Ut i fra ovennevnte dom synes den danske Høyesterett å fortolke direktivkonformt når den danske lovgiver har forsøk å implementere et direktiv inn i den danske lovgivning. Dette synes forsterket i U.1999.1429.V. Saken her dreide seg om tvil rundt hvordan aktieselskabslovens § 115 stk 2 skulle fortolkes. Denne loven var blitt til som en stort sett ordrett gjengivelse av artikkel 23, stk. 1, i 2. selskabsdirektiv (direktiv 77/91/EØF).¹⁸⁰ Jeg nøyer meg med å kommentere at den danske lovgivning her ved oversettelsen av direktivet hadde valgt en noe annen formulering enn de tyske, engelske, franske og svenske utgavene, men at det likevel var tydelig at hensikten med den nye formuleringen i aktieselskabsloven var å følge direktivet. Landsretten la derfor til grunn at disse lovene skal ”læses og fortolkes i overensstemmelse med EU-retten.”¹⁸¹ Dette betyr at man skal tolke direktivkonformt også her. Da også denne saken påla private parter rettigheter, var direkte virkning ikke med i kjennelsens diskusjon.

¹⁷⁹ Olsen, Birgitte Egelund og Karsten Engsig Sørensen, ”EUROPÆISERINGS AF DANSK RET”, 1.utg. København 2008 side 328

¹⁸⁰ U.1999.1429. V side 1430

¹⁸¹ U.1999.1429. V side 1430

5.10.2 Danske dommer som ikke har gitt grunnlag for direktivkonform fortolkning

De danske domstolene har også følt seg uforpliktet til direktivkonform fortolkning. Jeg skal nå vise noen eksempler på dette.

5.10.2.1 U.2000.1000.Ø

Saken dreide seg om 6. momsdirektiv, i likhet med ovennevnte dom U.1990.72.H.

Spørsmålet var om myndighetene kunne kreve moms fra et bowlingsenter med hjemmel i momslovens § 13, stk. 1 nr 5. Denne paragrafen viste til unntak som ville gitt momsfritakelse. I forbindelse med endring av momsloven (slik at den skulle tilpasses direktivet) ble det i denne lovens nr 3 og 4 skrevet inn at en betingelse for å få momsfritakelse, var at aktiviteten ikke foregikk med ”gevinst for øye”. Dette var helt i samsvar med hva direktivet krevde. Allikevel ble ikke dette skrevet inn i lovens nr 5, som dreier seg om sportsaktiviteter, på tross av direktivets krav til dette. Her var det altså ikke noe krav om at man ikke skulle ha gevinst for øye for å få momsfritakelse.

Det finnes ingen forklaring på hvorfor direktivkravet ble utelatt i lovens nr 5. Det kan derfor se ut som dette var en ren forglemmelse av lovgiver, da det i bemerkningene til lovforslaget kom fram at det klare hovedformålet med lovrevisjonen var å gjennomføre en tilpasning til de krav EU-retten hadde på momsområdet.¹⁸² På samme side i avgjørelsen henvises det også til Folketingstidende hvor det var anført at ”Fritagelserne er fastsat i overensstemmelse med 6. momsdirektiv, og svarer til direktivets artikkel 13 om afgiftsfritagelse i indlandet...” Dette tolker jeg dit hen at lovgivers vilje nok var å også få med ”gevinst for øye” inn i sportsaktiviteter men at ved en feil ble ikke dette gjennomført.

Et bowlingsenter gikk da til sak, siden de på tross av den nye lovgivningen, ble krevd moms for utleie i bowlinghallen. Begge parter var enige om at andre momenter som gjorde

¹⁸² U.2000.1000Ø side 1001

at man skulle være fritatt var oppfylt. Begge parter var også enige om at senteret drev en forretning som hadde ”gevinst for øye”. Spørsmålet var om bowlingsenteret skulle betale moms. Direktivet krevde at for å oppnå momsfritakelse skulle man ikke ha gevinst for øye, mens den danske lovgivningen ikke nevnte dette kravet. Spørsmålet ble altså om domstolen var pliktet til direktivkonform fortolkning. Østre Landsret kom fram til at på tross av prinsippet om direktivkonform fortolkning, kunne de ikke finne grunnlag til en slik ”væsentlig begrensning”¹⁸³ i momsloven. Bowlingsenteret fikk derfor medhold og følgelig momsfritakelse.

Thomsen mener at man kan konkludere med at det tydelig er grenser for hvor langt domstolene kan strekke seg i sin direktivkonforme fortolkning.¹⁸⁴ Grunnen til at det i U.1990.72. H ble lagt til grunn en plikt om direktivkonform fortolkning, mens det i denne saken ikke ble gjort det, er nok forskjellen på hva direktivkonform fortolkning ville gjort med den danske lovgivning. I U.1990.72. var det ord som fikk en utvidet tolkning (parkeringsplasser). I gjeldende sak, hvis det skulle vært gjennomført direktivkonform fortolkning, ville hele loven fått en helt annen mening enn slik den framstår. Det er altså ordlyden i den danske lov som forhindrer en mulighet for direktivkonform fortolkning. Dette viser at selv om lovgiver har forsøkt å implementere direktivet riktig, er det ikke sikkert at domstolene har plikt til å fortolke direktivkonformt.

5.10.2.2 U.2007.581V

Denne saken gjaldt et direktiv som ennå ikke var forsøkt implementert i den danske lov. En fisker krevde erstatning for feriepenger av sin private arbeidsgiver. Det var ubestridt at han etter dansk lov ikke hadde krav på denne erstatningen. Etter direktiv 2000/34/EF hadde han krav på slik erstatning, men direktivet var altså ikke implementert i dansk rett.

¹⁸³ U.2000.1000Ø side 1004

¹⁸⁴ Thomsen, Henrik Gjerluf, ”Anvendelse af direktivstridige regler”, Specialeafhandling 2007 www.jura.av.dk/filadmin/site_files/filer_jura/dokumenter/forskning/rettid/2007/afh4.pdf side 39

Avgjørelsen har dissens 4 -1. Flertallet uttaler kort at direktivet ikke umiddelbart gir grunnlag for å kreve at arbeidsgiver skal betale feriepengene.¹⁸⁵ Mindretallet mener derimot at direktivet får umiddelbar anvendelse fordi Danmark har oversittet fristen for implementasjonen.

Dommen, som er svært kort, nevner ikke direktivkonform fortolkning. Allikevel er jeg enig med Thomsen¹⁸⁶ som mener at dette ligger implisitt i dommen. Hvis de skulle ha gjennomført direktivkonform fortolkning her, ville arbeidsgiveren få en forpliktelse til å betale feriepengene som det ikke finnes noe som helst grunnlag for i den danske lovgivning.¹⁸⁷ Thomsen¹⁸⁸ mener videre at det ikke kan utelukkes at domstolen ikke ville benytte seg av direktivkonform fortolkning siden lovgiver ikke hadde tatt noen skritt for gjennomførelse av direktivet. Dette er jeg enig i. Det skulle vært spennende å se hvordan domstolen hadde forholdt seg om implementeringen var i gang. Personlig tror jeg domstolen da ville ha kommet til et annet resultat, selv om saken dreier seg om to private parter. Dette fordi det da ville vært tydelig hva lovgiver ønsket skulle bli resultatet.

5.11 Norske Høyesterettsdommer

Som jeg allerede har vært inne på, vil jeg under denne analysen kun konsentrere meg om Finanger I-dommen¹⁸⁹, ettersom dette er den eneste dom i norsk Høyesterett som omhandler prinsippet om direktivkonform fortolkning.

¹⁸⁵ U.2007.581V side 582

¹⁸⁶ Thomsen, Henrik Gjerluf, "Anvendelse af direktivstridige regler", Specialeafhandling 2007 www.jura.av.dk/filadmin/site_files/filer_jura/dokumenter/forskning/rettid/2007/afh4.pdf side 39

¹⁸⁷ Thomsen, Henrik Gjerluf, "Anvendelse af direktivstridige regler", Specialeafhandling 2007 www.jura.av.dk/filadmin/site_files/filer_jura/dokumenter/forskning/rettid/2007/afh4.pdf side 39

¹⁸⁸ Thomsen, Henrik Gjerluf, "Anvendelse af direktivstridige regler", Specialeafhandling 2007 www.jura.av.dk/filadmin/site_files/filer_jura/dokumenter/forskning/rettid/2007/afh4.pdf side 39

¹⁸⁹ Rt. 2000:1811

5.11.1 Rt. 2000:1811

Saken gjelder krav på erstatning etter bilansvarsloven (heretter bal). Ei 17 år gammel jente, som var beruset, satte seg frivillig inn som passasjer i en bil, der hun visste at sjåføren også var påvirket av alkohol. Bilen kjørte av veien og jenta ble alvorlig skadet. Jenta søkte erstatning, jf bal § 4. Daværende bal § 7 3.ledd bokstav b som på det tidspunktet lød ”Skadelidaren kan ikkje få skadebot utan at særlege grunner er for det, dersom han av fri vilje køyrde eller let seg køyre i den vogna som gjorde skaden endå han... b) visste eller måtte vita at vognføraren var påverka av alkohol...”¹⁹⁰, tilsa at unntak fra å motta erstatning kunne foreligge. Storebrand, som var selskapet jenta krevde erstatningen utbetalt fra, mente at jenta hadde utvist grov uaktsomhet ved å sette seg inn i bilen og at dette unntaket derfor måtte komme til anvendelse. Jenta saksøkte derfor Storebrand. I tingretten fikk jenta medhold. Hun fikk erstatning med 50 % under henvisning til muligheten for redusering som ligger i bal § 7 3. ledd bokstav b. Begge parter anket dommen til lagmannsretten. Lagmannsretten kom fram til at bal § 7 3. ledd bokstav b stred mot EØS-reglene, nærmere bestemt det tredje rådsdirektiv om motorvognforsikring (90/232/EØF av 14.mai 1990). Den norske lovbestemmelsen måtte derfor settes til side, jf EØS-loven § 2. Videre mente lagmannsretten at hun ikke hadde utvist grov uaktsomhet og det ble derfor ingen reduksjon i hennes krav om passasjerulykkesforsikring. Storebrand anket dommen. Høyesterett konkluderte senere med at lagmannsrettens begrunnelse er feil. Det er jeg enig med Høyesterett i.

Finanger I-dommen er en plenumsdom med dissens 10-5. Saken gjelder mellom to private parter hvor direktivet var ment å være gjennomført i den norske lovgivning. Men ved en feil ikke dette likevel ikke skjedd. Jeg skal først se på flertallet for deretter å se på mindretallet.

¹⁹⁰ Sevaldsen, Marit, ”EF-rettens prinsipp om direktivers direkte virkning og det norske presumsjonsprinsippet”, Liten masteroppgave i rettsvitenskap våren 2009.
www.ub.uit.no/munin/bitstream/10037/1925/2/thesis.pdf [Sisert 10.09.09] side 32

5.11.1.1 Flertallet i Finanger I-dommen

Det første førstvoterende velger å se på i denne saken, er hvordan tilfellet ville blitt bedømt uten EØS- rett. Flock ser altså på den nasjonale rett først. Etter Arnesen, Finn og Are Stenvik,¹⁹¹ bør Høyesterett først tolke den internasjonale regelen og dermed klarlegge de folkerettslige kravene til norsk rett, for deretter å konfrontere tolkningsresultatet med nasjonale rettskildefaktorer. Dette begrunner de med at man vil mangle relevant informasjon i slutningsomgangen og at man kan oppstille den rent nasjonale regelen som en midlertidig og unødvendig mellomstasjon. De mener at resultatet i Finanger I-dommen kan tjene som eksempel på at rekkefølgen i problemstillingene kan ha hatt betydning for utfallet av saken.¹⁹² Etter å ha sett på ulike rettskilder konkluderer førstvoterende med at ut fra kun norsk lovgivning, altså bal § 7 3.ledd bokstav b, har ikke jenta krav på erstatning.¹⁹³

For å finne ut om det faktisk var motstrid mellom den norske lovgivning og EØS-reglene ble EFTA-domstolen forelagt spørsmål om hvorvidt den mente at det var motstrid. EFTA-domstolen sier i premiss 36¹⁹⁴ at ”det er uforenlig med EØS-retten ... at en passasjer som påføres skade ved frivillig kjøring i motorvogn, ikke har krav på erstatning med mindre særlige grunner foreligger, dersom passasjerens visste eller måtte vite at motorvognens fører var påvirket av alkohol på ulykkestidspunktet og det var årsakssammenheng mellom alkoholpåvirkningen og skaden.” EFTA-domstolen mener altså at det er motstrid mellom EØS-reglene og den norske lov.

Siden EFTA-domstolen kun kan komme med rådgivende uttalelser, og således ikke er bindende for den norske rett, ble det neste spørsmål førstvoterende tok stilling til hvorvidt de skulle legge uttalelsen til grunn. Førstvoterende mener at uttalelsen skal tillegges ”vesentlig vekt”¹⁹⁵ Flock begrunner vurderingen med at det jo er et formål og en

¹⁹¹ Arnesen, Finn og Are Stenvik, ”Internasjonalisering og metodeproblemer – særlig om EØS-rettens innvirkning på norsk rett”, Upublisert. Utkast 19.november 2008 side 22

¹⁹² Arnesen, Finn og Are Stenvik, ”Internasjonalisering og metodeproblemer – særlig om EØS-rettens innvirkning på norsk rett”, Upublisert. Utkast 19.november 2008 side 23

¹⁹³ Rt. 2000:1811 side 1820

¹⁹⁴ Sak E-1/99 Storebrand Skadeforsikring AS mot Veronika Finanger

¹⁹⁵ Rt. 2000:1811 side 1820

begrunnelse for at domstolen ble opprettet. Dessuten viser han til at Stortinget også ønsker at EFTA-domstolen skal bli tillagt vesentlig vekt.

Jeg har hittil kun omtalt det tredje direktiv, men det ble også konstatert motstrid med det første og annet direktiv.¹⁹⁶ Førstvoterende går derfor gjennom de tre direktivene og konstaterer selv (altså uavhengig av EFTA-domstolen) at bal § 7 3.ledd bokstav b er uforenlig med EØS retten. Da Flock selv har konstatert denne motstriden går diskusjonen inn på hva slags betydning dette skal ha for fortolkningen av den norske lov. Det blir raskt konstatert på side 1826 at verken direktiver eller forordninger har direkte virkning i norsk rett, noe jeg også allerede har forklart.

Norge hadde ment å implementere direktivene, men ved en feil hadde ikke bal § 7 3.ledd bokstav b blitt rettet i samsvar med EØS-reglene. Forrangsregelen i EØS-loven § 2 kan derfor heller ikke benyttes fordi det ikke kan være noen forrang for en regel som aldri har blitt gjennomført i norsk rett (regelen er derfor kun en norsk regel og ikke en EØS-regel som også er en norsk regel). Det blir således konstatert at direktivet på tross av dette kan bli brukt som tolkningsmomenter i forhold til bal § 7 3.ledd bokstav b. Dette kan gjøres ved bruk av presumsjonsprinsippet i norsk rett og i EØS-retten kan man bruke prinsippet om direktivkonform fortolkning.¹⁹⁷

I følge Flock skal presumsjonsprinsippet og prinsippet om direktivkonform fortolkning vurderes ut i fra EØS-avtalens plikt til å utvise lojalitet overfor Fellesskapets bestemmelser.¹⁹⁸ Domstolene står også overfor denne lojalitetsplikten. Dommen går så videre til å forklare prinsippet om direktivkonform fortolkning og presumsjonsprinsippet. Da jeg allerede har gått grundig til verks på disse områdene går jeg ikke mer inn i dybden av det her. Noe skal dog kommenteres, og det er at førstvoterende bemerker at presumsjonsprinsippet ikke har like stor gjennomslagskraft når tvisten er mellom to private

¹⁹⁶ Sak E-1/99 Storebrand Skadeforsikring AS mot Veronika Finanger premiss 36

¹⁹⁷ Rt. 2000:1811 side 1826

¹⁹⁸ Rt. 2000:1811 side 1827

parter, hvorav den ene vil bli pålagt plikter.¹⁹⁹ Det er en slik sak vi her står overfor. Dommen går også inn på hva forarbeidene til EØS-loven har å si om presumsjonsprinsippet. Forarbeidene uttaler ”Presumsjonsprinsippet” om at norsk rett forutsettes å være i overensstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser, vil imidlertid som nevnt føre til at norske domstoler må forventes å utnytte alle de muligheter som anerkjente prinsipper for tolkning og anvendelse av rettsregler gir, for å unngå et folkerettsstridig resultat.”²⁰⁰ Forarbeidene som er sitert i dommen sier videre at ”... bare dersom Stortinget helt klart har gitt uttrykk for at en lov skal anvendes på en viss måte uten hensyn til om dette er i strid med internasjonale forpliktelser, eller dersom vedkommende lovbestemmelse ellers ville være helt uten innhold, vil norske domstoler føle seg tvunget til å anvende loven i strid med folkeretten.” Forarbeidene viser derfor at viljen til å benytte seg av presumsjonsprinsippet skal være stor.

Flock konstaterte at løsningen ”av motstridsspørsmålet vil fortsatt måtte bero på en anvendelse av anerkjente tolkningsprinsipper.”²⁰¹ Men at man skal ta hensyn til den lojalitetsplikt EØS reglene har oppstilt ved motstrid mellom EØS reglene og norske lover. Bal § 7 3.ledd bokstav b ble som nevnt ikke endret i samsvar med direktivet. Det foreligger ingen forklaring på hvorfor dette ikke ble gjort, og det foreligger heller ingen presisering om at denne regelen skulle bli stående på tross av direktivene. Ut i fra dette mener førstvoterende at det må være en grense for anvendelsen av presumsjonsprinsippet og at denne saken er utenfor denne grensen.²⁰² Bal § 7 3.ledd bokstav b kan ikke forstås på flere måter,²⁰³ ”og dermed vil en anvendelse av presumsjonsprinsippet ikke være et tolkningsresultat, men en tilsidesettelse av en klar lovbestemmelse.”²⁰⁴ I motsatt fall ville loven fått den motsatte virkning av hva som egentlig var meningen. Det ble derfor satt en

¹⁹⁹ Rt. 2000:1811 side 1829

²⁰⁰ Rt. 2000:1811 side 1830

²⁰¹ Rt. 2000:1811 side 1831

²⁰² Rt. 2000:1811 side 1831

²⁰³ Rt. 2000:1811 side 1831

²⁰⁴ Sevaldsen, Marit, ”EF-rettens prinsipper om direktivers direkte virkning og det norske presumsjonsprinsippet”, Liten masteroppgave i rettsvitenskap våren 2009.

www.ub.uit.no/munin/bitstream/10037/1925/2/thesis.pdf [Sisert 10.09.09] side 37

grense for presumsjonsprinsippet; det skal være rom for andre tolkninger for å kunne benytte seg av presumsjonsprinsippet.

Førstvoterende begrunner videre med at å tolke presiserende her ville være tilnærmet å gi direktivene direkte virkning. Han argumenterer videre med at også direktivkonform fortolkning har sin grense, og denne grensen ville vært overtrådt med presiserende tolkning her.²⁰⁵ Også at tvisten dreier seg om private rettigheter og plikter og ikke en tvist hvor det offentlige får plikter taler for denne begrunnelsen. Reelle hensyn kommer også inn i begrunnelsen; Forutberegneligheten krever at en klar lovtekst skal bli fulgt opp av rettsystemet for å sikre rettssikkerheten. Her var lovteksten klar. Førstvoterende mener at det kan skape usikkerhet vedrørende rettstilstanden hvis loven skal tolkes annerledes enn det som er en meget klar måte å fortolke denne loven på. For å sikre at borgerne trygt kan innrette seg etter dagens lovverk, kan de ikke komme til en annen konklusjon.²⁰⁶

Det er stor sjanse for at hvis lovgiver hadde forstått at de ikke hadde implementert direktivet på den riktige måten, ville lovverket vært forandret, dette også fordi andre forandringer i lovverket hadde vist vilje til å være i samsvar med direktivene. Flertallet mener at det er lovgiverens oppgave å implementere direktiver i norsk rett. ”Domstolene kan ikke avgjøre saken ut fra en hypotese om hva de øvrige statsmakter vil foreta seg når det er avklart at det foreligger motstrid.”²⁰⁷ Flertallet kom derfor til at bal § 7 tredje ledd bokstav b ikke kunne tolkes ut fra anerkjente tolkningsprinsipper og motstriden ble derfor opprettholdt og bal § 7 tredje ledd bokstav b ble anvendt.²⁰⁸

5.11.1.2 Mindretallet i Finanger I-dommen

Mindretallet var på 5 personer.

²⁰⁵ Rt. 2000:1811 side 1831

²⁰⁶ Rt. 2000:1811 side 1832

²⁰⁷ Rt. 2000:1811 side 1832

²⁰⁸ Rt. 2000:1811 side 1833

Det første andrevoterende, som representerer mindretallet gjør, er å si seg enig med førstvoterende i at man skal legge betydelig vekt på EFTA-domstolen og konstaterer derfor motstrid mellom direktivene og bal § 7 3.ledd bokstav b. Det blir også konstatert at hvis man kun skulle se på den norske rett, ville jenta ikke hatt rett til erstatning. Mindretallet er uenig i flertallets løsning på hvordan rettskonflikten mellom EØS-retten og norsk internrett skal løses.²⁰⁹

Det første Oftedal Broch tok stilling til, var at han mener at hadde justisdepartementet forstått at bal § 7 3.ledd bokstav b var i strid med direktivene, ville Stortinget gjennomført de lovendringer som skulle til for å sikre samsvar med direktivet.²¹⁰ Når dette ikke er blitt gjort mener andrevoterende at feilen kan rettes opp gjennom domstolenes rettsanvendelse. Dette blir begrunnet ut i fra presumsjonsprinsippet.²¹¹

Presumsjonsprinsippet menes også av mindretallet å ha en særlig sterk stilling i forhold til EØS-retten. Dette begrunnes ut i fra at dette kommer fram i fortalen, EØS art 3, EØS art. 6 og ODA-avtalen artikkel 3. At disse momentene er relevante i denne sammenheng begrunner andrevoterende med at etter EØS-loven § 1, gjelder EØS-avtalens hoveddel som norsk lov. Disse elementene vil derfor ha trinnhøyde lik ”norske” lover.²¹²

For å søke støtte til sin begrunnelse viser han til EFTA-domstolens sak E-9/97²¹³ hvor andrevoterende tolker premiss 59 og 60 dithen at EØS-avtalen er en ”separat rettsorden, som bl.a. inneholder målsettinger om lik tolkning av regelverket og likebehandling av enkeltpersoner og markedsdeltakere.”²¹⁴ Ved å få lik tolkning, mener Oftedal Broch at det kreves direktivkonform fortolkning, og at denne fortolkningsmetode går like langt i EU-retten som i EØS-retten. Han går deretter igjennom hvor langt han mener presumsjonsprinsippet kan gå. I den forbindelse anser han det viktig å presisere at det ikke

²⁰⁹ Rt. 2000:1811 side 1835

²¹⁰ Rt. 2000:1811 side 1835-1836

²¹¹ Rt. 2000:1811 side 1836

²¹² Rt. 2000:1811 side 1836

²¹³ Sak E-9/97 Sveinbjörnsdottir mot Island

²¹⁴ Rt. 2000:1811 side 1837

dreier seg om å overføre lovgivningskompetanse til EØS-organene men om forståelse og anvendelse av norske fortolkningsregler.²¹⁵

Andrevoterende går så gjennom de samme forarbeider som førstvoterende allerede har nevnt. Andrevoterende mener at disse uttalelsene fra lovgiver ”... med tyngde taler for å benytte presumsjonsprinsippet aktivt og så langt norske tolkningsprinsipper tillater for å sikre at Norge oppfyller sine forpliktelser etter EØS-avtalen.”²¹⁶ Både førstvoterende og andrevoterende synes derfor å ha en lik forståelse for hva forarbeidene mener. Uenigheten dreier seg om hvor langt man kan strekke presumsjonsprinsippet.

Storebrand har hatt anførsler om at en bruk av presumsjonsprinsippet i nærværende sak vil føre til en overgang fra dualisme til monisme samt at det ville blitt snakk om direkte virkning. Andrevoterende sier seg uenig for det første fordi det er tydelig at lovgiver ønsket å gjennomføre lovendring slik at loven ble i samsvar med direktivene, og for det andre at lovgiver også har trodd at dette faktisk var tilfellet. Andrevoterende mener at dette dreier seg om hvor langt domstolen skal gå for å sørge for at lovgivers vilje blir prioritert. Her mener andrevoterende at det er klart hva som har vært lovgivers vilje, den har bare ikke blitt gjennomført i praksis, og da kan ikke Høyesterett sette seg i strid med det som egentlig er lovgivers vilje. Han begrunner videre med at dette neppe er første gang Stortinget kommer til å ta feil, da det eksisterer store mengder direktiver som skal implementeres i de norske lover. Han mener da at om ikke helt spesielle momenter er til stede, bør en slik motstrid løses med presumsjonsprinsippet.²¹⁷ Likevel mener han et slikt spesielt moment kan være til stede da bal § 7 3.ledd bokstav b ikke gir rom for fortolkninger. Forarbeidene har også oppstilt unntak fra presumsjonsprinsippet når ”vedkommende lovbestemmelse ellers ville være helt uten innhold.”²¹⁸ Her velger andrevoterende å vektlegge andre rettskildefaktorer enn forarbeidene ved å se på eldre Høyesterettsdommer. Mindretallet legger derfor mindre vekt på forarbeidene enn det flertallet gjør. De støtter seg til andre

²¹⁵ Rt. 2000:1811 side 1837

²¹⁶ Rt. 2000:1811 side 1838

²¹⁷ Rt. 2000:1811 side 1838

²¹⁸ Rt. 2000:1811 side 1839

dommer, særlig Rt. 1997:1019. Flertallet mener at denne dommen ikke kan få anvendelse i denne saken fordi den gjaldt spørsmål og straff mellom offentlige og private og ikke mellom to private parter.²¹⁹ Så istedenfor å se på forarbeidene mener han at løsningen på problemet finnes ut fra drøftelse fra tre vurderingstemaer;²²⁰

- *Respekten for lovgiver* er det første vurderingstemaet mindretallet vil vurdere. Som allerede nevnt mener de at domstolen ikke kan tolke bort lovgivers forutsetning for en lov. Stortinget regnet med at gjennomføringen av direktivene var blitt gjort, og dette bør respekteres. Han går også inn på den hypotetiske lovgivers vilje og mener det er klart at lovgiver hadde ønsket samsvar med EØS-reglene. Dette også fordi direktivene ble godtatt av Norge ved undertegnelsen av EØS-avtalen. Direktivene er altså ikke noe som skal godkjennes i etterkant.²²¹ Det er altså ulikheter mellom hvordan flertallet og mindretallet mener man skal oppfatte lovgiverviljen.
- *Ønske om å hindre folkerettsbrudd* er det andre vurderingstemaet. Dette mener andrevoterende at er selve kjernen i presumsjonsprinsippet, nemlig at det er domstolens oppgave så langt det er mulig å tolke det norske lovverk slik at det ikke kommer i strid med våre folkerettslige forpliktelser.²²² Han velger å slå sammen vurderingsemne en og to for deretter å konstatere at disse bør "... tillegges betydelig vekt..."²²³.
- Det siste vurderingstemaet, *forutberegnlighet og innrettelse*, taler til fordel for den løsning som flertallet har kommet med. Dette fordi det her var en klar og tydelig lovtekst man har innrettet seg etter. Her blir det argumentert med at i EØS-området er forutberegnligheten kompleks og rettskildebildet sammensatt. For å styrke rettsikkerheten bør derfor ikke presumsjonsprinsippet benyttes. Likevel mener mindretallet at dette ikke kan tillegges utslagsgivende vekt, da EØS-retten etter hvert vil bli en integrert del av norsk rett.²²⁴

²¹⁹ Rt. 2000:1811 side 1829-1830

²²⁰ Rt. 2000:1811 side 1839

²²¹ Rt. 2000:1811 1839-1840

²²² Rt. 2000:1811 1839

²²³ Rt. 2000:1811 1839

²²⁴ Rt. 2000:1811 side 1840-1841

Mindretallets konklusjon blir følgelig at EØS-retten må gis forrang og bal § 7 3.ledd bokstav b skal settes til side.

For kort å oppsummere forskjellene mellom flertallet og mindretallet, går dette ut på hvor langt presumsjonsprinsippet rekker. De benytter seg av ulike rettskilder og tolkninger for å komme til sine respektive resultater. Uansett begrunnelse kan man si at for begge parter ligger domstolens lojalitet hos lovgiver og ikke hos EØS/EU.²²⁵

5.12 Sammenligning

Når jeg skal sammenligne med de danske dommer kommer jeg til å benytte meg kun av flertallet, nettopp fordi dette er konklusjonen som er blitt stående etter dommen. Jeg er klar over at med en såpass stor dissens som 10-5 kan det være noe uklart hva framtiden vil si. Det er også uenigheter i litteraturen om hva som skulle vært å anse som den beste løsningen. Skjerven²²⁶ sier seg enig med mindretallet, mens Veggeland²²⁷ mener at flertallets konklusjon var mer ”ryddig”.

5.12.1 Sammenligning av norsk og dansk rett

På tross av at jeg kun har analysert én norsk dom, synes jeg å finne likheter mellom hvordan de danske domstoler og den norske Høyesterett benytter seg av direktivkonform fortolkning. Finanger I- dommen og U.2000.1000Ø mener jeg har mye av de samme problemstillingene, selv om den danske dreide seg om forhold mellom det offentlige og private, mens Finanger dreide seg om plikter mellom to private parter. I begge dommene har lovgiver vist vilje til å implementere direktivet uten å ha klart å oppfylle sitt ønske til fulle. Hvis man i disse to dommene hadde benyttet seg av direktivkonform fortolkning,

²²⁵ Mæland, Hanne, ”Oversikt over flertallets vurdering i Finanger I-dommen”,

http://octoberg.com/juss/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=4869 [Sisert 09.09.09] side 3

²²⁶ Skjerven, Espen, ”Bilansvarsloven § 7 og EØS-rett: noen kommentarer etter Finanger-saken”, Lov og Rett nr 6 2001 side 374

²²⁷ Veggeland, Frode, ”EØS, folkerett og maktfordeling: Høyesteretts dom i Finanger saken”, Norsk statsvitenskapelige tidsskrift nr 4 2002 side 334

ville den danske dommen fått et motsatt resultat enn hva som helt klart og entydig står i den danske lovtektsten. I den norske dommen ville man fått en lov som ville bli intetsigende. Det lå således ikke an til noen ytterligere fortolkningsmulighet i noen av dem, enn det domstolene kom fram til.

I begge sakene kom domstolene fram til at det ikke var mulig å benytte seg av prinsippet om direktivkonform fortolkning. Det kan gjenspeile at danske og norske domstoler benytter seg av direktivkonform fortolkning på lik måte. Nå har jeg bare en norsk dom å sammenligne med, men jeg tror at i en sak tilsvarende U.1990.72.H, ville den norske domstol også komme til samme resultat som den danske Høyesterett. Dette begrunner jeg med at det var såpass stor dissens i Finanger I-saken, samtidig som det er stor forskjell på å tolke en lov slik at dens opprinnelige mening helt forsvinner, og å bestemme seg for en utvidet tolkning av et ord.

Finanger I-dommen dreide seg om forpliktelser og rettigheter mellom to private parter. Flertallet argumenterer for at det er lettere å benytte seg av presumsjonsprinsippet når det er tale om forpliktelser for det offentlige. Denne forskjellen har jeg ikke merket meg i dansk praksis. Her er det ingenting som tyder på at de danske domstolene er mer forsiktige med å benytte seg av direktivkonform fortolkning i en slik situasjon som pålegger private plikter.²²⁸ U.1990.72.H er også et eksempel på det.

De andre danske dommene jeg har analysert tør jeg ikke å spørre hvordan de norske domstoler ville håndtert.

Likevel har den norske og den danske rettskildelæren vist at både rettskildebruken og fortolkningsprinsippene er svært like for disse to landene. Fra et slikt perspektiv kan man si at landene bør tolke likt. Da jeg ikke har mer materiale til å underbygge en slik påstand tør jeg ikke komme med en slik konklusjon.

²²⁸ Olsen, Birgitte Egelund og Karsten Engsig Sørensen, *"EUROPÆISERINGEN AF DANSK RET"*, 1.utg. København 2008 side 329

6 Konklusjon

Jeg har lite materiale om hvordan den norske Høyesterett dømmer med hensyn til prinsippet om direktivkonform fortolkning (presumsjonsprinsippet). Basert på det lille materialet jeg har, benytter den norske og den danske domstol seg av like stor rekkevidde på prinsippene når det dreier seg om en lov som får motsatt virkning eller ingen mening i det hele tatt. De tolker derfor likt i denne situasjonen.

Det synes som at den danske domstol er mer liberal enn den norske, i forbindelse med bruk av direktivkonform fortolkning når man pålegger private plikter.

I de andre situasjonene som jeg har nevnt finnes det ingen sikre holdepunkter for hvordan norske domstoler vil forholde seg til dette. Det blir derfor vanskelig å gå videre i å konstatere likheter eller forskjeller.

7 Litteraturliste

7.1 Litteratur

- Boe, Erik, *"INNFØRING I JUSS"*, 3.opplag. Oslo 2001
- Eckhoff, Torstein, *"RETTSKILDELÆRE"*, 5.utg. Oslo 2001
- Gleerup, Anne Lind, Ulla Rosenkjær og Leif Rørbæk, *"juraens-grundregler.dk"*, 2. utg. Allingåbro 2007
- Hartley, TC, *"THE FOUNDATIONS OF EUROPEAN COMMUNITY LAW"*, Sixth edition. Oxford 2007
- Hov Jo, *"Rettergang I"*, Oslo 2007
- Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen, *"EU RET"*, 4.utg. København 2005
- Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø, *"RETSKILDER OG RETSTEORIER"*, 1.utg. København 2005
- Olsen, Birgitte Egelund og Karsten Engsig Sørensen, *"EUROPÆISERINGEN AF DANSK RET"*, 1.utg. København 2008
- Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *"Innføring i Folkerett"*, 2. utg. Oslo 2002
- Rasmussen, Hjalte, *"EU-RET I KONTEKST"*, 5.utg. København 2003
- Rasmussen, Hjalte, *"EU-retlig domssamling"* 2.utg. København 2004
- Sejersted, Frederik ... [et al.]. *"EØS-RETT"*. 2.utg. Oslo 2004
- Sionaidh, Douglas –Scott, *"Constitutional Law of the European Union"*, First edition. Essex 2002
- Steiner, Josephine, Lorna Woods og Christian Twigg-Flesner, *"EU Law"*, Ninth edition. Oxford 2006
- Sørensen, Karsten Engsig og Poul Runge Nielsen, *"EU-RETTE – forkortet udgave"*, København 2008

7.2 Artikler

Skjerven, Espen, ”*Bilansvarsloven § 7 og EØS-rett: noen kommentarer etter Finanger-saken*”, Lov og Rett nr 6 2001 side 364-375

Veggeland, Frode, ”*EØS, folkerett og maktfordeling: Høyesteretts dom i Finanger saken*”, Norsk statsvitenskapelige tidsskrift nr 4 side 328-355

Walsøe, Per, ”*Om EF-direktiver*” I Juridiske Afhandlinger Ugeskrift for Retsvæsen 1991 B. Side 17-24

7.3 Nettdokument.

www.jus.uit.no/student/1/sensorv_1_h01_1teori.htm [Sitert 15.08.09]

Mæland, Hanne, ”*Oversikt over flertallets vurdering i Fangerer I-dommen*”,
http://octoberg.com/juss/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=4869 [Sitert 09.09.09]

Sevaldsen, Marit, ”*EF-rettens prinsipp om direktivers direkte virkning og det norske presumsjonsprinsippet*”, Liten masteroppgave i rettsvitenskap våren 2009.
www.ub.uit.no/munin/bitstream/10037/1925/2/thesis.pdf [Sitert 10.09.09]

[www.studenttorget.no/filer/Jus - EUs Institusjoner og EOSEF retten.pdf](http://www.studenttorget.no/filer/Jus_-_EUs_Institusjoner_og_EOSEF_rettten.pdf) [Sitert 07.10.09]

Thomsen, Henrik Gjerluf, ”*Anvendelse af direktivstridige regler*”, Specialeafhandling 2007
www.jura.av.dk/filadmin/site_files/filer_jura/dokumenter/forskning/rettetid/2007/afh4.pdf
[Sitert 10.09.09]

Wikipedia: http://no.wikipedia.org/wiki/Den_europeiske_union [Sitert 10.09.09],
<http://no.wikipedia.org/wiki/EFTA> [Sitert 14.09.09]
<http://no.wikipedia.org/wiki/EFTA#Historie> [Sitert 14.09.09]

7.4 Upubliserte dokumenter

Arnesen, Finn og Are Stenvik, ”*Internasjonalisering og metodeproblemer – særlig om EØS-rettens innvirkning på norsk rett*”, Upublisert. Utkast 19.november 2008. Fått av min veileder.

7.5 Dommer

7.5.1 Norsk Høyesterett

Rt. 1994:610

Rt. 1999:961

Rt. 2000:996

Rt. 2000:1811

Rt. 2002:557

Rt. 2005:1365

7.5.2 Avgjørelser fra danske domstoler

U.1990.72.H

U.1991.858.2H

U.1999.1429.V

U.2000.1000Ø

U.2007.581V

7.5.3 EF-domstolen

Sag 26/62 Van Gend en Loos mod Den Nederlandske Finansforvaltning

Sag 6/64 Costa mod ENEL

Sag 41/74 Yvonne van Duyn mod Home Office

Sag 43/75 Gabrielle Defrenne mod Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena

Sag 148/78 Anklagemyndigheden mod Tullio Ratti

Sag 102/79 Kommissionen mod Belgien

Sag 14/83 von Colson mod Land Nordrhein-Westfalen

Sag 294/83 Miljøpartiet ”Les Verts” mod Europa-parlamentet

Sag 29/84 Kommissionen mod Tyskland

Sag 152/84 M. H. Marshall mod Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)

Sag 80/86 Straffesag mod Kolpinghuis Nijmegen BV

Sag 103/88 Frateli Costanzo SpA mod Milano kommune

Sag 173/88 Skatteministeriet mod Henriksen

Sag C-106/89 Marleasing mod Comercial Internacional de Alimentacion

Sag C-297/89 Rigsadvokaten mod Nicolai Christian Ryborg

Sag C-91/92 Faccini Dori mod Recreb

Sag C-334/92 Teodoro Wagner Miret mod Fondo de garantía salarial

Forenede sager C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 og C-190/94 Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula og Trosten Knor mod Bundesrepublik Deutschland

Sag C-192/94 El Corte Inglés SA mod Cristina Blázquez Rivero

Forenede sager C-74/95 og C-129/95 Straffesager mod X

Sag C-129/96 Inter-Environment Wallonie ASBL mod Région wallonne

Forenede sager C-397/01 – C-403/01 Bernhard Pfeiffer m.fl. mod Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV

Sag C-212/04 Konstantinos Adeneler m.fl. mod Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)

7.5.4 EFTA-domstolen

Sak E-9/97 Sveinbjörnsdóttir mot Island

Sak E-1/99 Storebrand Skadeforsikring AS mot Veronika Finanger

Sak E-4/01 Karlsson mot Island

7.6 Forarbejder

St.prp. nr 100 (1991-92)

Innst.O nr 51 (1998-99)